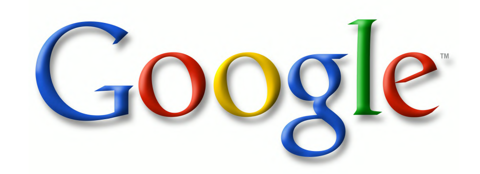


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



3 2044 103 208 377

12

B.l. Nov. 1930



HARVARD LAW LIBRARY

Received May 12. 1921



GERMANY

Sept. 30

ZUR LEHRE

VOM

ALTERNATIVEN WILLEN

UND DEN

ALTERNATIVEN RECHTSGESCHÄFTEN

VON

DR. CARL BERNSTEIN,

PRIVATDOCENTEN AN DER UNIVERSITÄT BERLIN.

155

ABTHEILUNG I.

DER ALTERNATIVE WILLE

UND

DIE ALTERNATIVE OBLIGATION.

BERLIN.

PUTTKAMMER & MÜHLBRECHT

BUCHHANDLUNG FÜR STAATS- UND RECHTSWISSENSCHAFT

1878.

For Tx
B5313l

MAY 12 1921

155

Inhalts-Verzeichniss.

Capitel I.

Einleitung.

Was ist Object der alternativen Obligation? Sind es beide Gegenstände, zu deren Leistung sich der Schuldner alternativ verpflichtet hat? Ist es blos derjenige Gegenstand, der durch Wahl oder eine der Wahl gleichwerthige Thatsache dazu bestimmt wird?

Es ist dies keine müssige subtile Schulfrage, — es ist eine Principienfrage von hoher theoretischer und practischer Bedeutung. Die Controverse über das Object der alternativen Obligation bewegte daher die römische Jurisprudenz nicht weniger als die moderne, — und es sind zwei Haupttheorieen, die seit alter Zeit um die Herrschaft über die alternative Obligation kämpfen.

Nach der einen Theorie sind beide Gegenstände in obligatione, wenn auch nur der eine derselben geleistet werden muss. Hat aber die Wahl oder ein äquivalentes Ereigniss den Gegenstand der Leistung bestimmt, so fällt das andere Object weg, wie wenn es nie in obligatione gewesen wäre.

Nach der anderen Theorie soll nicht mehr als ein Gegenstand in obligatione sein, nur ist es vorläufig ungewiss, welcher. Erst durch die Wahl oder ein äquivalentes Ereigniss wird dies bestimmt. Dann wird es so gehalten, wie wenn dieser Gegenstand von vornherein einzig und allein in obligatione gewesen wäre.

Das oberste Princip eines Rechtsinstituts ist vor allen Dingen dazu bestimmt die Zwecke dieses Rechtsinstituts zur Verwirklichung zu bringen: es ist nur der erste Diener desselben. Das sogenannte herrschende Princip ist in der Regel nicht eine von vornherein gegebene unabwendbare Nothwendigkeit, die ihre Consequenzen unerbittlich zur Geltung bringt: in der Regel wird um der eventuellen Consequenzen willen das eine oder andere Princip zur Herrschaft berufen.

Was ist nun das eigentliche treibende Motiv der zwei Haupttheorieen, die sich auf dem Gebiete der alternativen Obligation die Herrschaft streitig machen?

Die alternative Obligation schafft einen Zustand der Ungewissheit, einen Zustand der Schwebe. Von demjenigen, der sich verpflichtet hat „a oder b“ zu leisten, kann allerdings weder gesagt werden, dass er sich zur Leistung von a, noch dass er sich zur Leistung von b verpflichtet hat. So weit hat die eine der oben erwähnten Theorieen recht: das liegt eben

in der Natur der Sache, in der Natur des Partheiwillens, in der Natur der Alternative.

Bis die Wahl oder eine äquivalente Thatsache das Leistungsobject bestimmt, erscheint daher die alternative Obligation objectlos. Ist daher der Schuldner bis dahin von jeder Verantwortung frei, wie er sich auch in Bezug auf die beiden Gegenstände der Alternative verhalten möge? Können in Bezug auf die alternative Obligation Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, deren Wirksamkeit wesentlich durch den Inhalt der alternativen Obligation bedingt ist?

Diese Fragen scheinen mit Nein beantwortet werden zu müssen — und das ist eine häufig nicht ungefährliche Consequenz.

Der leere Zwischenraum von der Begründung der Obligation bis zur Wahl musste daher ausgefüllt werden. Dies geschah durch die Theorie, wonach beide Gegenstände in obligatione sind. Diese Theorie that aber des Guten zu viel. Die alternative Obligation brauchte nur ein Object, diese Theorie gab ihr deren zwei. Von dem Augenblick der Wahl an musste das überschüssige Object abgestossen werden, und zwar so wie wenn es nie geschuldet gewesen wäre — sonst wäre eine unzulässige obligatio ad tempus entstanden. Das geschieht auch bei den römischen Vertretern dieser Theorie. So ist denn nach dieser Theorie ungewiss, nicht welcher Gegenstand

Object der Obligation wird, sondern welcher Object der Obligation bleibt. Die Ungewissheit ist nicht eine suspensive, sondern eine resolutive. Wir werden diese Theorie daher die resolutive Pendenztheorie nennen.

Was diese Theorie zu erreichen sucht, indem sie beide Gegenstände der Alternative zu Objecten der alternativen Obligation macht, das hofft die entgegengesetzte Theorie zu bewirken, indem sie die Retrotraction zu Hülfe nimmt. Sie erkennt an, dass vorerst weder der eine noch der andere Gegenstand der Alternative in obligatione ist. Von dem Augenblicke an aber, wo die alternative Obligation durch Wahl oder ein anderes Ereigniss auf ein Object concentrirt wird, soll es so gehalten werden, wie wenn dies Object von Haus aus Object der alternativen Obligation gewesen wäre. Diese Theorie ist die suspensive Pendenztheorie.

Diese letztere Theorie hat noch eine andere, vielleicht noch prägnantere, jedenfalls nicht richtigere Formulirung gefunden.

Object der Obligation sei nur einer der beiden Gegenstände, vorläufig allerdings unbestimmt welcher; die Wahl mache es offenbar, zeige, welcher es sei.

Diese Formulirung beruht auf der schon bei den Römern beliebten Parallelisirung von alternativer Obli-

gation und alternativem Urtheil und Schluss. Was sie auszeichnet — ist die bestechende Motivirung der Retrotraction: dieselbe erscheint als eine logische Nothwendigkeit. Sie leidet indess an einem unheilbaren πρῶτον ψεῦδος: an der Verwechslung eines Willensacts, welcher wirkt, eines juristischen Ereignisses, welches gewisse Folgen zu erzeugen berufen ist, mit einem Erkenntnissact, der sein eigenstes Wesen verleugnen würde, wenn er in dem Geschauten und Erkannten eine Veränderung hervorrufen wollte. Der Act der Wahl — und was demselben gleichsteht — constatirt nicht etwa blos, welcher Gegenstand der Alternative Object der Obligation sei, — er bewirkt, dass dieser Gegenstand Object der Obligation wird.

Beide Theorieen, die, um einen treffenden Ausdruck von Ihering zu entlehnen, dem „horror vacui" ihre Entstehung verdanken, die suspensive Theorie sowohl wie die resolutive, suchen das Charakteristische der alternativen Obligation zu erfassen und zum Ausdruck zu bringen. Die eine siehts in der suspensiven, die andere in der resolutiven Pendenz. Weder die eine, noch die andere erschliesst uns aber den Grund der Pendenz selbst.

Den Grund der Pendenz sucht zu erklären die „Bedingungstheorie". Nach dieser Theorie gilt in der alternativen Obligation ein jeder Gegenstand als

geschuldet unter der Bedingung, dass der andere Gegenstand nicht gewählt wird. So ist der Zustand der Ungewissheit nicht blos constatirt, sondern auch erklärt, erklärt durch das Eingreifen eines in der Rechtswissenschaft in Bezug auf Wesen und Wirksamkeit bereits bekannten Elements — der Bedingung. Es bedarf wohl keiner weiteren Ausführung, dass die Bedingung eben so gut resolutiv wie suspensiv gedacht werden kann.

Diese Theorie hat in einer Beziehung Recht. Die Wissenschaft darf es nicht wagen, die Wirksamkeit eines neuen noch nicht anerkannten Rechtselements zu proclamiren, so lange nicht der Versuch gemacht worden ist, die räthselhaften Rechtserscheinungen aus der Wirksamkeit der bekannten Rechtselemente zu erklären. — An dieser Stelle muss dieser Versuch als vollkommen gescheitert angesehen werden. Die Darstellung unser eigenen Theorie wird uns später Gelegenheit geben, die Bedingungstheorie in ihren Motiven zu erklären und gleichzeitig zu widerlegen.

Hier wollen wir nur die beiden Haupttheorieen in ihren Consequenzen einander gegenüberstellen und so zu erkennen suchen, welche von ihnen die juristische Natur und die öconomischen Zwecke der alternativen Obligation am besten verwirklichen hilft und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen am besten ent-

spricht? und ob sie überhaupt beide es thun? An ihren Früchten sollt Ihr sie erkennen!

Dieser Parallele wird die Darstellung unserer eigenen Theorie folgen.

Die Ungewissheit der Alternative hat die suspensive und die resolutive Theorie erzeugt. Es ist dieselbe Ungewissheit, welehe zur Folge hat, dass eine jede alternative Obligation nothwendig erst eine Periode der Schwebe durchmacht. Dieser Periode wird durch die Entscheidung der Alternative ein Ende gesetzt. Bewirkt die Entscheidung der Alternative nicht zugleich eine Lösung der Obligatio, so folgt auf die Periode der Schwebe eine Periode der Bestimmtheit *), der Einfachheit der Obligatio, für die keine besonderen Grundsätze gelten. — Von besonderer Bedeutung sind für uns die Periode der Schwebe und die Entscheidung, die den Zustand der Schwebe löst. Diese sinds, an deren Betrachtung wir unsere Parallele der zwei Haupttheorieen anschliessen werden.

Nicht eine vollständige Darstellung der Lehre von der alternativen Obligation denken wir zu geben: nur diejenigen Hauptmomente derselben sollen zur

*) Wir haben immer eine Alternative zwischen zwei Objecten im Auge. Bei einer Mehrzahl von Objecten kann es auch partielle Entscheidungen geben, die den Zustand der Schwebe auf eine geringere Anzahl Objecte erst reduciren.

Sprache gebracht werden, die für unsern Zweck von wesentlicher Bedeutung sind.

Wo ist aber das Criterium für die Prüfung der zwei einander gegenüberstehenden Theorieen? Was ist vor allen Dingen der öconomische Zweck der Alternative in der römischen alternativen Obligation?

Es ist der Ersatzzweck. Dieser Zweck wird nicht etwa blos durch die Disjunctivpartikel bewiesen, die die Gegenstände der Alternative unter einander verbindet, den Hauptbeweis liefert der Grundsatz, dass im Falle des Untergangs oder auch nur der Deterioration des einen Gegenstandes, der andere Gegenstand sofort an dessen Stelle tritt.

Die Alternative hat also in gewissem Sinne einen Versicherungscharakter. Die gegenseitige Ersetzbarkeit der Objecte ist das Versicherungsinteresse. Das Wahlrecht, wenn es dem Schuldner gegeben, — wenn nicht, dann irgend ein anderer Vortheil — derselbe braucht ja nicht als sichtbares selbstständiges Element im Vertrage aufzutreten — ist die Versicherungsprämie.

Die alternative Obligation eignet sich also zu einer Verschiebung des periculum und zu diesem Zweck finden wir sie im Römischen Recht häufig verwendet: daher die zahlreichen alternativen Obligatio-

nen Stichum aut decem und ähnliche, in denen das eine Glied der Alternative Geld ist.

Die beiden Gegenstände der Alternative werden häufig von verschiedenem Werthe sein —

vgl. l. 55 ad leg. Aquil. 9. 2.

auch l. 53 pr. de legatis II.

es ist aber höchst bedeutsam für den Ersatzzweck der Alternative, dass die beiden Gegenstände in der Regel — es ist allerdings nur eine praesumtio facti — für gleichwerthig gelten.

l. 109 § 1 de legatis I

Africanus l. VI. Quaestionum. —

Heres, cuius fidei commissum erat, ut mihi fundum, aut centum daret, fundum Titio vendidit; quum electio ei relinquitur, utrum malit, dandi, ut tamen alterum solidum praestet, Praetoris officio convenire existimo, ut si pecuniam Titius offerat, inhibeat fundi persecutionem: ita enim eadem causa constitueretur, quae futura esset, si alienatus fundus non fuisset: quando etiam adversus ipsum heredem officium Praetoris sive arbitri tale esse deberet, ut si fundus non praestaretur, neque pluris, neque minoris, quam centum aestimaretur.

l. 1 de R. D. 34. 5

Papinianus libro VII resp.

Fundum Maevianum aut Seianum Titio legaverat;

quum universa possessio plurium praediorum sub appellatione fundi Maeviani demonstraretur, respondi non videri cetera praedia legato voluisse defunctum cedere, si fundi Seiani pretium a fundi Maeviani pretio non magna pecunia distingueretur.

Bestätigt wird unsere Ansicht auch durch l. 5 § 2 in f. (40. 9), wo der Fall einer alternativen Obligatio auf Stichum oder Pamphilum dare verglichen wird mit dem Fall, wo Jemand ob aureos quinque Stichum et Pamphilum pignori dederit quum uterque eorum quinum aureorum sit: beide Objecte haften für den Geldwerth der Obligatio.

Dieser Ersatzzweck ist es, dem die eigenthümliche juristische Bildung der alternativen Obligation dient: die alternative Ungewissheit des Obligationsinhalts, die das juristisch bezeichnende Merkmal dieser Obligation ist, gefährdet den Gläubiger nicht, denn es soll ja blos ungewiss sein, was geschuldet wird, nicht ob geschuldet wird.

l. 2 § 3 de eo quod certo loco (13. 4).

Ulpianus l. XXVII. (XXV. Hal.) ad Edictum. —

Scaevola libro quinto decimo Quaestionum ait, non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat, esse in eius arbitrio, an debeat, non esse. Et ideo eum qui Stichum aut Pamphilium promittit, eligere posse, quod solvat, quamdiu ambo vivunt; ceterum,

ubi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet.

Capitel II.

Periode der Pendenz des Obligationsinhalts.

---

§ 1.

Einleitung.

Dieses Stadium verdient eine besondere Betrachtung vorzugsweise dann, wenn wir dasselbe als ein Stadium der Ungewissheit und der Schwebe auffassen.

Ist das Object der Obligation unbestimmt und ungewiss, ist der Inhalt der Obligation in suspenso, so muss auch eine ganze Reihe von rechtsmodificirenden Thatsachen in ihrer Wirksamkeit suspendirt werden.

Anders, wenn beide Gegenstände der Alternative in obligatione sind. Hier ist das Object der Obligation bereits bestimmt. Ungewiss ist nicht, was Object der Obligation wird, sondern nur, was Object der Obligation bleibt. Hier wird die Wirksamkeit der rechtsmodificirenden Thatsachen nicht suspendirt, hier kann sie principiell nur resolvirt werden.

Die theoretischen Gegensätze können wir in einer Reihe von Fragen verfolgen.

§ 2.

Pendenz und culpa.

Ist der Schuldner verantwortlich, ist er zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er durch eigene Schuld die Leistung des einen der zwei Gegenstände unmöglich macht? — wir haben hier nur den Fall im Auge, wo der Schuldner Wähler ist.

Gehen wir davon aus, dass beide Gegenstände in obligatione sind, so muss die Frage unbedenklich bejaht werden: es ist ein bereits geschuldetes Object, das der Schuldner vernichtet hat; an die Stelle des ursprünglichen Schuldinhalts tritt daher die Schadensersatzpflicht. Diese Schadensersatzpflicht fällt allerdings weg, wie wenn sie nie bestanden hätte, von dem Augenblicke an, wo der andere Gegenstand der Alternative geleistet ist: es ist jetzt gewiss, dass der vernichtete Gegenstand resp. dessen Surrogat aus der Obligation so ausscheidet, wie wenn er nie Object derselben gewesen wäre.

Anders scheint die Antwort lauten zu müssen, wenn wir dieselbe von der andern Grundtheorie aus geben sollen. Kann von einer zuzurechnenden culpa die Rede sein, so lange das vernichtete Object noch gar nicht in obligatione ist? Die culpose Ver-

nichtung des Objects durch den Schuldner kann nicht anders wirken als der casuelle Untergang desselben. Die Obligation concentrirt sich auf das übrig gebliebene Object. Von einer Schadensersatzpflicht für das vernichtete Object kann nicht die Rede sein.*) **)

---

*) Wir haben nur den Fall in Betracht gezogen, wo der Schuldner die Wahl hat. Gehört die Wahl dem Gläubiger, so vernichtet der Schuldner mit dem einen Gegenstand der Alternative jedenfalls auch das Wahlrecht des Gläubigers — einerlei, ob wir in dem vernichteten Gegenstand ein bereits gegenwärtiges oder blos eventuelles Schuldobject sehen. Der Schadensersatz für das vernichtete Wahlrecht fällt aber mit dem Schadensersatz für das vernichtete Object nothwendig zusammen.

So tritt denn zu dem noch vorhandenen Gegenstande der Schadensersatz für den untergegangenen alternativ hinzu — und der Gläubiger kann unmittelbar zwischen beiden wählen: so wird das Unrecht des Schuldners möglichst unwirksam gemacht. Geht das zweite Object casuell unter, so bleibt dem Gläubiger der Schadensersatz für das erste Object. Ist der Untergang des zweiten Objects culpa des Schuldners erfolgt, so hat der Gläubiger die Wahl zwischen zwei Schadensersatzrechten.

**) Wir finden diese Consequenz gezogen im code civil und im Bayerischen Entwurf:

Code civil A. 1193. L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du debiteur.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern A. 253.

Abs. 1. Ist die eine von zwei wahlweise geschuldeten Leistungen durch Zufall unmöglich geworden, so besteht die Verbindlichkeit als einfache in der Art fort, dass nur die andre Lei-

Die Bedeutung dieser Consequenz tritt indess wenig hervor, so lange das eine der 2 Objecte noch in natura vorhanden ist. Ob nun die Obligatio sich auf das eine übrig gebliebene Object concentrirt hat, ob an die Stelle des ursprünglichen Inhalts der alternativen Obligation die Alternative zwischen dem einen ursprünglichen Object und dem Schadensersatz für das andre getreten ist, — einerlei: so lange das eine Object noch in natura vorhanden ist, darf und muss eben nur dieses geleistet werden. Die Schadensersatzpflicht, auch wo sie anerkannt ist, ist doch nur eine eventuelle: dies ist die nothwendige Folge der Ersatznatur der Alternative *).

---

stung von dem Gläubiger gefordert, von dem Schuldner bewerkstelligt werden kann.

A. 254. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit der einen Leistung verschuldet, so kommt, wenn er der Wahlberechtigte ist, die Bestimmung des Artikels 253 Abs. 1 zur Anwendung.

*) Manche Schriftsteller wollen allerdings dem Schuldner die unmittelbare Wahl zwischen Object und Schadensersatz lassen, namentlich diejenigen, welche die alternative Obligation in ebensoviele Obligationen auflösen, als Objecte alternativ mit einander verbunden sind. Widerlegt wird diese Ansicht ganz positiv durch l. 33 (46. 3), eine Stelle, die von dem Falle spricht, wo das eine der zwei Objecte vom Schuldner nicht vernichtet, sondern blos deteriorirt ist.

l. 33 § 1 de sol. 46. 3.

Julianus l. LII Dig.

Qui Stichum aut Pamphilum dari promisit, si Stichum vulneraverit, non magis eum dando liberatur, quam si solum Stichum

Erst, wenn auch das andre Object zufällig untergegangen, bricht die Bedeutung jener Sätze hervor.

Sind beide Gegenstände in obligatione, so bleibt dem Gläubiger in diesem Falle das Recht auf den Schadensersatz für das erstvernichtete Object. Der Ersatzzweck der Alternative scheint hier zur Verwirklichung zu kommen.

Anders, wenn das Object der Obligatio unbestimmt ist. Der culpose Untergang des einen Objects hat die Obligation auf das andre Object concentrirt. Der casuelle Untergang dieses Objects vernichtet die nun vereinfachte Obligatio. Der Gläubiger hat gar kein Recht auf Schadensersatz. — Denn das culpos vernichtete Object war nicht in obligatione, das Object, das in obligatione war, ist casu untergegangen.

Diese Consequenz ist grausam.

Die gegenseitige Ersatzpflicht der Objecte ist vollkommen wirkungslos. Frei und ungestraft scheint der Schuldner die Lage seines Gläubigers verschlechtern zu dürfen, indem er dessen periculum steigert.

---

promisisset et a se vulneratum daret. Item qui hominem dari promisit et vulneratum a se offert, non liberatur. Judicio quoque accepto si hominem is, cum quo agetur, vulneratum a se offert, condemnari debebit.

Sed et ab alio vulneratum si det, condemnandus erit, quum possit alium dare.

Vgl. dazu auch l. 95 § 1 (46. 3).

Muss diese Consequenz nothwendig gezogen werden?

Einen allgemeinen Ausspruch über diese Frage finden wir in unseren Quellen nicht. Die l. 95 § 1 (46. 3), die einen Stipulationsfall behandelt, weiss sich der unerwünschten Consequenz nicht zu entziehen und sucht der Gerechtigkeit auf Kosten der Consequenz Genüge zu verschaffen, indem sie ihre Zuflucht zur actio doli nimmt, — gewiss ein verzweifeltes Mittel, das noch dazu in den meisten Fällen versagen wird.

l. 95 § 1 de sol. et lib. 46. 3.
Papinianus l. XXVIII Quaestionum.

Es handelt sich um zwei alternativ versprochene Sklaven. —

Quodsi promissoris fuerit electio, defuncto altero qui super est aeque peti poterit. . . . . si facto debitoris alter sit mortuus (der Schuldner hat sich eine culpa in faciendo zu schulden kommen lassen, eine culpa, die den Promittenten in der Regel verantwortlich macht) quum debitoris esset electio . . . . et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, quum illo in tempore quo moriebatur non comiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent

esse admissa doli actio non immerito desiderabitur. *)

---

*) Der Code civil bestimmt A. 1193:
L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. — Si toutes deux sont péries, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle, qui a péri la dernière.

Diese Bestimmung ist gewiss gerecht, wenn das erste Object casu, das zweite culpa des Schuldners untergegangen ist, und sie bleibt gerecht, einerlei, von welchem Principe aus wir den Fall construiren.

Ist dagegen das erste Object culpa des Schuldners, das zweite casu untergegangen — dann erscheint diese Bestimmung nur als eine Inconsequenz des Gesetzgebers.

Die alternative Obligation soll ja „pure et simple" werden, so wie das eine der zwei Objecte untergegangen ist, einerlei, ob culpa oder casu. Auf eine Obligation, die „pure et simple" geworden ist, finden aber auch alle Grundsätze über „obligations pures et simples" Anwendung.

Wenn daher das nunmehr einzige Obligationsobject untergeht, so muss die Obligation selbst erlöschen (Art. 1302) und der Schuldner frei werden.

Zu einer solchen Consequenz hat sich der Gesetzgeber nicht entschliessen können.

Ist er nun aber einmal inconsequent geworden, warum gerade in dieser Form?

Eine gerechtere Inconsequenz wäre es gewesen, wenn er den Schuldner für das von ihm vernichtete Object zum Schadensersatz verflichtet hätte.

Die Consequenz, vor welcher der Code zurückschrickt, scheint vom Bayerischen Entwurf unbedenklich gezogen worden zu sein. Man vergleiche nur die oben angeführten Artikel 253 u. 254.

In dieser Frage scheint die resolutive Pendenztheorie, die Theorie des utrumque in obligatione zu unzweifelhaft gerechteren Consequenzen zu führen, als die Theorie, die das Object unbestimmt sein lässt. Und gerade diese Cousequenz der eventuellen Verantwortlichkeit des Schuldners ist's gewiss, die der Herrschaft der ersten Theorie so förderlich gewesen, die Consequenz der eventuellen Unverantwortlichkeit ist's, die die andre Theorie so sehr discreditirt hat.

Uns scheint indess die Unverantwortlichkeit des Schuldners gar keine nothwendige Consequenz der Suspensivtheorie zu sein, — am wenigsten, wenn sie in Verbindung mit dem Grundsatze der Retrotraction auftritt. Wie darf denn sofort und ohne Weiteres gesagt werden, dass der Act des Schuldners keine Verantwortlichkeit desselben zur Folge hat, so lange es noch ungewiss ist, ob das vom Schuldner vernichtete Object — Object der Obligatio ist oder nicht?

Der juristische Charakter der schuldnerischen That, könnte man sagen, ist ebenso in pendenti, wie das von derselben betroffene Object.

Geht das andre Object durch Zufall unter, so wird das erste rückwärts zum einzigen wahren Object der Obligatio, — somit charakterisirt sich auch die That des Schuldners rückwärts als eine demselben zuzurechnende culpa und bietet dem Gläubiger den

Grund zu einer Schadensersatzforderung für das erstvernichtete Object. Es ist eben eine Pflicht des Schuldners, die der alternativen Obligation drohenden Möglichkeiten vorauszusehen und zu berechnen.

§ 3.

Pendenz und mora.

Kann von einer Verzögerung der Leistung die Rede sein, wenn die Leistung selbst unbestimmt ist?

I. Diese Frage scheint gar nicht aufgeworfen werden zu können, wenn utrumque in obligatione ist.

Hat der Schuldner die Wahl, so ist er selber in mora, wenn er nicht zur rechten Zeit Wahl und Leistung effectuirt. In der Interpellation, wo eine solche nöthig ist, genügt es, die alternative Schuld als solche bestimmt zu bezeichnen. Den Gläubiger versetzt der Schuldner in mora, indem er ihm das gewählte Object anbietet. Durch eignen Willensact bestimmt hier der Schuldner, was nicht mehr in obligatione bleiben soll.

Hat der Gläubiger die Wahl, so muss ihm der Schuldner beide Gegenstände anbieten, sei es, dass er den Vorwurf der Verzögerung nicht auf sich laden, sei es, dass er den Gläubiger in mora versetzen will.

Es ist erst ein Willensact des Gläubigers, welcher das obligatorische Band des einen der beiden Gegenstände löst *).

*) Thielemann de obligatione alternativa § 5, IV.

II. Wie gestaltet sich aber die Sache, wenn wir das Object der Obligation als unbestimmt und ungewiss ansehn?

Gebührt die Wahl dem Schuldner, so haben wir nur zu wiederholen, was wir oben gesagt. Er ist in mora, wenn er nicht zur rechten Zeit dem Gläubiger das von ihm gewählte Object anbietet. Die Wahl, die das Object der Obligation bestimmt, ist nicht blos ein Recht des Schuldners, sie ist auch eine Pflicht desselben und der Gläubiger kann die Vornahme der Wahl fordern; er kann verlangen, dass der Schwebezustand der Obligation ein Ende nimmt. Die Interpellation, wo sie nöthig, braucht auch hier die Schuld nur ganz allgemein zu bezeichnen. — Den Gläubiger versetzt der Schuldner in mora, indem er demselben das von ihm gewählte Object anbietet: auch hier hat er es selber in der Hand, wenn sein Interesse es erheischt, an die Stelle der Schwebe die Bestimmtheit zu setzen.

Schwieriger gestaltet sich der Fall, wenn es zur Bestimmung des Objects der Mitwirkung des Gläubigers bedarf, wenn die Wahl dem Gläubiger gehört.

So lange der Gläubiger seine Mitwirkung zur Bestimmung des Schuldobjects versagt, kann von Mora des Schuldners nicht die Rede sein *).

---

*) Mommsen, Lehre von der Mora § 6.

Auch eine wirksame Interpellation ist nur dann vorhanden, wenn dieselbe zugleich das Leistungsobject bestimmt und somit die Obligation aus dem Zustand der Unbestimmtheit herausführt.

So lange der Gläubiger nicht wählt, kann aber, so scheint es, consequenter Weise auch nicht von einer mora creditoris die Rede sein.

Durfte es dem Gläubiger unverwehrt bleiben, den Schuldner in mora zu versetzen oder nicht — hier schadet er ja nur sich selber — so erscheint es unzulässig, wenn er durch Verweigerung seiner Mitwirkung das gute Recht des Schuldners auf Befreiung von seiner Schuld illusorisch zu machen im Stande ist. Wir halten es daher mit Mommsen*) für recht und billig, dass dem Gläubiger vom Gericht eine Frist gesetzt werde, innerhalb welcher er sein Wahlrecht auszuüben hat, eine Frist, an deren Versäumniss selbstverständlich wichtige Rechtsfolgen sich knüpfen (vgl. Cap. III, § 7).

III. Ist hier in der Frage von den Voraussetzungen der mora der Gegensatz der Theorieen nicht ohne Interesse, so sind die Consequenzen der Suspensivtheorie auf der einen, der Resolutivtheorie auf der anderen Seite nicht von solchem Belang, dass wir der einen oder der andern entschieden den Vorzug einräumen müssten.

---

*) Mommsen, Lehre von der Mora § 16.

Immerhin zeichnet sich die Suspensivtheorie dadurch aus, dass sie vom Schuldner nie fordert, dass er mehr anbiete, als er zu leisten verpflichtet ist, zumal in Fällen, wo der Gläubiger entweder sein eigenes Interesse nicht wahrnimmt, — wenn er als Wähler den Schuldner in mora versetzen soll, — oder seiner Wahlpflicht nicht genügt, — wenn er den Schuldner von dessen Schuld zu entlasten hat.

§ 4.
Pendenz und Novation.

Die Novation erfordert Gleichheit des Inhalts in der prior und posterior obligatio. Kann nun eine einfache Obligation durch eine alternative Obligation novirt werden? *)

Vom Standpunkte der Theorie, die das Object der alternativen Obligation als ungewiss ansieht, ist eine sofortige Novation undenkbar. Eine vorläufige gehaltlose obligatio kann nicht zur Novation einer gehaltvollen obligatio verwendet werden. Die Novation ist aber auch nicht geradezu ausgeschlossen. Die Schwebe des Inhalts der posterior obligatio setzt die Novation selbst in die Schwebe. Erst die Wahl, — oder ein der Wahl gleichstehendes Ereigniss, — entscheidet, ob Novation Platz greift oder nicht, indem sie

*) Ueber die Novation einer alternativen Obligation durch eine einfache vgl. Cap. III, § 2.

die Frage nach der Identität des Inhalts der beiden Obligationen entscheidet.

Geht man davon aus, dass beide Gegenstände der Alternative in obligatione sind, so kann von einer Schwebe der Novation nicht die Rede sein. Beide Obligationen, die posterior eben so gut wie die prior, haben ihren ganz bestimmten Inhalt; sofort und ohne Aufschub kann und muss daher entschieden werden, ob die Novation hier zulässig ist oder nicht.

Es liegt nahe die Zulässigkeit zu bejahen: ist nicht der Inhalt der prior obligation mit in der posterior enthalten, und kann daher dann nicht insofern auch von Identität des Inhalts der beiden Obligationen die Rede sein?

Das Object der prior obligatio ist aber nur als das eine Glied einer Alternative Inhalt der posterior obligatio. Macht daher die Wahl oder ein gleichwerthes Ereigniss das andre Glied der Alternative zum bleibenden Inhalt der posterior obligatio, so ist das nicht ein für die einmal eingetretene Novation gleichgültiges Ereigniss, wie etwa beispielsweise eine weitere Novation der posterior obligatio durch eine neue Stipulation mit neuen Modalitäten; nein, das ausscheidende Object scheidet so aus, wie wenn es nie in obligatione gewesen wäre: vor den Augen des Rechts hat daher nun die posterior obligatio von Haus aus einen andern Inhalt gehabt als denjenigen

der prior obligatio; rückwärts muss daher die Novation als unwirksam zusammenfallen und die prior obligatio wieder aufleben. — Die Frage nach der Identität des Inhalts kann daher nicht entschieden und definitiv bejaht werden und ebensowenig also die Zulässigkeit der Novation einer einfachen Obligation durch eine alternative.

Bestätigt wird unser Schluss durch einen Ausspruch von Marcellus, den wir als einen Vertreter der resolutiven Pendenztheorie ansehen können.

l. 8 § 8 de fidejuss. et mand. 46. 1.

Si quis Stichum stipulatus fuerit, fidejussorem ita acceperit: Stichum aut decem fide tua esse jubes? . . . . Marcellus notat non ideo tantum non obligari (fidejussorem) quia in duriorem conditionem acceptus sit, sed quia et in aliam potius obligationem acceptus sit . . . .

Marcellus leugnet also entschieden die Identität des Inhalts zwischen einer einfachen Obligation und einer alternativen Obligation, in welcher der Inhalt der einfachen Obligation das eine Glied der Alternative bildet.

Eine weitere Bestätigung unserer Meinung von der Unzulässigkeit der Novation vom Standpunkte der Theorie des utrumque in obligatione finden wir in folgenden zwei Entscheidungen des Marcellus und seines Gesinnungsgenossen Celsus.

l. 8 § 4 de nov. 46. 2.

Ulp. l. XLVI ad Sabinum.

Si decem, quae mihi Titius debet, aut decem, quae Sejus debet, a Tertio stipulatus fuero, putat Marcellus neutrum liberari, sed Tertium eligere posse, pro quo decem solvere velit.

l. 26 de nov. 46. 2.

Celsus lib. III Digestorum.

Si is, cui decem Titius, quindecim Sejus debebat, ab Attio stipulatus est, quod ille aut quod ille debeat, dari sibi, novatum utrumque non est, sed in potestate Attii est, pro quo velit solvere, et eum liberare.

In diesen zwei Entscheidungen wird eine Frage behandelt, auf die wir hier nicht näher einzugehen beabsichtigen, nämlich die, ob zwei verschiedene Obligationen novirt werden können durch eine einzige alternative Obligation, in welcher der Inhalt von je einer der priores obligationes ein Glied der Alternative bildet? Marcellus und Celsus, die in der obligatio alternativa keine Ungewissheit, keine Schwebe des Inhalts anerkennen, wissen auch nichts von einer Schwebe der Novation. Sie sagen daher ausdrücklich und entschieden: „neutrum liberari“ und „novatum utrumque non est“ und überlassen ebenso ausdrück-

lich die Lösung der einen oder andern der priores obligationes der solutio *).

---

*) Eine entgegengesetzte Meinung vertrat in dieser Frage Paulus in einer höchst wunderlichen Entscheidung:

l. 32 de nov. et deleg. 46. 2.

Paulus libro I ad Neratium.

Te hominem et Sejum decem mihi dare oportet; stipulor ab altero novandi causa ita: quod te aut Sejum dare oportet; utrumque novatur. Paulus: merito, quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem.

Man erinnert sich, dass in der älteren Römischen Jurisprudenz — das war wenigstens noch die Ansicht des Servius Sulpicius — eine novandi causa begründete bedingte Stipulation die prior obligatio sofort ipso jure aufhob und an deren Stelle trat. Gaius III, § 179 in f. Die Bedingung der Novationsstipulation hatte keinen Einfluss auf die Novation selbst: diese blieb unbedingt. —

In der späteren Römischen Jurisprudenz gewann die entgegengesetzte Meinung die Oberhand, und principiell gilt heute der Satz, dass die Bedingung der Novationsstipulation die Novation selbst mit bedingt.

Hat eine Novationsstipulation den Inhalt von zwei verschiedenen Obligationen alternativ in sich aufgenommen, so kann eine der obigen ähnliche Frage entstehen: macht die Alternative in der alternativen Obligation die Novation selbst zu einer alternativen? oder tritt die Novation pure ein und die Wirksamkeit der Alternative beschränkt sich blos auf die Novationsstipulation? Servius Sulpicius hätte das letztere annehmen müssen, die klassische Römische Jurisprudenz müsste sich für die erstere entscheiden — natürlich soweit ihre Grundanschauung über die alternative Obligation eine Novation im gegebenen Falle für zulässig erachten kann.

Merkwürdig genug entscheidet Paulus so, wie Servius Sulpicius consequenterweise hätte entscheiden müssen oder wenigstens

§ 5.

Pendenz und fidejussio.

Die Novation fordert Identität des Inhalts der prior und der posterior obligatio. Die fidejussio

können. Diese Ansicht ist aber entschieden falsch. Wie Servius Sulpicius es als selbstverständlich präsumirt, dass das Risico des bedingten Rechts ohne Weiteres an die Stelle des sichern unbedingten Rechts treten soll, so präsumirt Paulus als selbstverständlich einen Schulderlass, — denn ein solcher liegt ja nimmer vor, wenn eine Forderung auf a oder b an Stelle von zwei Forderungen auf a und b treten soll. Noch wunderlicher ist die Art, wie Paulus seine Entscheidung mit dem Grundsatz von der nothwendigen Identität des Inhalts der prior und posterior obligatio in Einklang zu bringen sucht.

Konnte Paulus, der den unbestimmten Charakter der alternativen Obligation in mehr als einer Entscheidung anerkennt, im Ernst sagen, der Inhalt einer jeden der priores obligationes sei wirklich zum Inhalt der posterior obligatio, einer obligatio alternativa, gemacht worden? Er hat's gethan, wenn auch nicht ohne der Natur des Rechtsverhältnisses Gewalt anzuthun. — In einer höchst merkwürdigen Stelle — l. 44 § 3 de obl. et act. 44. 7 — hat er dies, conditio und alternatio — letztere unter dem Namen modus — parallelisirt. Wie nahe lag es ihm daher, in einem Augenblicke, wo er es gerade brauchte, die Alternative als eine blosse Nebenbestimmung zu behandeln, deren Hinzufügung der Identität des Hauptinhalts keinen wesentlichen Schaden thut und daher die Novation als zulässig erscheinen lässt. Er übersah aber, vielleicht mit Absicht, dass in der alternativen Obligation, in welcher die Glieder der Alternative gleich und coordinirt sind, der Hauptinhalt einer jeden der priores obligationes, indem er den Inhalt der andern zur blossen Nebenbestimmung degradirt, selber seinerseits dasselbe Schicksal erleidet: wo bleibt aber dann das Princip der Inhaltsidentität?

fordert, nach einem, auch noch im neuesten römischen Recht entschieden ausgesprochenen Grundsatz, Identität des Inhalts der Haupt- und der Nebenobligation. Ist nun eine alternative fidejussio für eine einfache Hauptschuld, eine einfache fidejussio für eine alternative Hauptschuld, eine alternative fidejussio für eine alternative Hauptschuld zulässig?

I.

Ist das Object der alternativen Obligation ungewiss, in pendenti, so muss auch die Gültigkeit der fidejussio in all diesen Fällen als ungewiss und in pendenti angesehen werden. Erst die Wahl — oder das der Wahl gleich wirkende Ereigniss — welche das Object der alternativen Obligation bestimmt, entscheidet über die Gültigkeit der fidejussio, indem sie die Identitätsfrage entscheidet.

In den Quellen finden wir diese Sätze nirgends ausgesprochen, sie erscheinen aber als die nothwendige Folge der Theorie der suspensiven Pendenz.

Nimmt man dagegen an, dass beide Objecte der Alternative in obligatione sind, so ist in allen den obenangeführten Fällen eine fidejussio absolut unmöglich. — In Haupt- und Nebenobligation ist das Object unmittelbar und sofort gegeben und unmittelbar und sofort verschieden.

In diesem Sinne finden wir folgenden Quellen-Ausspruch:

l. 8 § 8 de fideiuss. et mand. XLVI, 1.
Ulpianus l. XLVII ad Sabinum.

Si quis Stichum stipulatus fuerit, fideiussorem ita acceperit: Stichum aut decem fide tua iubes? non obligari fideiussorem Julianus ait, quia durior eius fit conditio, utpote quum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat, non ideo tantum non obligari, quia in duriorem conditionem acceptus est, sed quia et in aliam potius obligationem acceptus est; denique pro eo, qui decem promiserit, non poterit fideiussor ita accipi, ut decem aut Stichum promittat, quamvis eo casu non fit eius durior conditio.

Eben so wenig identisch wäre aber selbstverständlich der Inhalt beider Obligationen, wenn die Hauptobligation alternativ, die Nebenobligation einfach wäre.

Den Fall, wo Haupt- und Nebenobligation alternativ sind, behandelt

l. 38 pr. de fidej. et mand. XLVI. 1.
Marcellus lib. XX Digestorum.

Si Stichum aut Pamphilium stipulatus essem, utrum promissor voluisset: non possum fidejussorem ita accipere Stichum aut Pamphilum, utrum fide-

jussor vellet. Quia futurum esset in ejus potestate, alium velle, quam reus voluisset.

Dasselbe muss aber auch in dem Falle gelten, wenn der Wähler in beiden Obligationen derselbe ist: denn wo ist die Sicherheit, dass der Gläubiger, der die Wahl hat, nicht in seiner Wahl wechseln wird?

Beide angeführten Entscheidungen sind von Marcellus. Da dieser Jurist, wie wir sehen werden, in den wesentlichsten Fragen, von der Ansicht ausging, dass beide Objecte der Alternative in obligatione sind, so müssen wir auch die ebencitirten Entscheidungen als Consequenzen jener Ansicht ansehen.

II.

Der Grundsatz von der Identität des Inhalts theilte indess auf dem Gebiete des Fidejussio schon sehr früh seine Herrschaft mit einem andern Grundsatz:

l. 34 de fidej. et mand. 46. 1.
Paulus l. LXXII ad Edictum.

Hi, qui accessionis loco promittunt, in leviorem causam accipi possunt, in deteriorem non possunt.

In den Augen mancher Juristen mochte dem Grundsatz der Identität genügt sein, wenn das Object der einfachen Obligation auch nur als einzelnes Glied der Alternative in der alternativen Obligation wiederkehrte. Die Alternative konnte, wie wir es schon

bei Paulus gesehen, als blosse Modalität der einfachen Obligation gedacht werden.

Der Grundsatz der Identität ist nicht ganz aufgegeben, aber abgeschwächt.

Der neue Grundsatz führt indess häufig zu Consequenzen, die von den oben ausgeführten wesentlich verschieden sind.

Nehmen wir die Fälle einzeln durch:

1. Ueber den Fall, wo die accessorische Stipulation alternativ ist, die Hauptobligation einfach, giebt nur die oben citirte l. 8 § 8 de fidej. et mand. 46, 1 Auskunft. Die Stelle behandelt zwei Modalitäten des Falls:

a. Si quis Stichum stipulatus (fuerit), fidejussorem ita acceperit, Stichum aut decem fide tua jubes? non obligare fidejussorem Julianus ait, quia durior ejus fit conditio, utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat, non ideo tantum non obligari, quia in duriorem conditionem acceptus est, sed quia in aliam potius obligationem acceptus est.

Nach der Theorie von der suspensiven Pendenz wäre diese fidejussio auch unter Voraussetzung des Identitätsprincips nicht ungültig, es käme eben aut die Entscheidung der Alternative an.

b. Denique pro eo qui decem promiserit, non poterit fidejussor ita accipi, ut decem aut Stichum

promittat: quamvis eo casu non fit ejus durior conditio.

Die Theorie ne durior sit conditio fidejussoris würde hier sofortige Gültigkeit der fidejussio annehmen, ohne Rücksicht auf die künftige Wahl.

Die Theorie der suspensiven Pendenz würde, wie immer, erst die Entscheidung der Alternative abwarten.

Die Quellen berühren nicht den Fall:

c. Si quis Stichum stipulatus fuerit, fidejussorem ita acceperit: Stichum aut Pamphilum fide tua esse jubes?

Vom Standpunkte der durior causa ist diese fidejussio ungültig, — vom Standpunkte der suspensiven Pendenz aber pendent.

2. Ueber den Fall, wo die Hauptobligation alternativ, die Nebenobligation einfach ist, spricht sich Paulus aus in der

l. 34 de fidej. et mand. (46. 1)

Paulus lib. LXXII ad edictum.

.... Quid ergo, si a reo Stichum aut Pamphilum, a fidejussore Stichum interrogem, utrum in deteriorem causam acceptus est sublata electione, an in meliorem? Quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest.

Diese Regel ist wohl nicht allgemein. Denn, wenn die Hauptobligation auf decem aut Pamphilum,

die Fidejussio nur auf decem gelautet hätte, so wäre die Entscheidung entgegengesetzt ausgefallen.

Also in dem einen Falle unbedingte Gültigkeit, in dem andern unbedingte Ungültigkeit der fidejussio.

3. Ueber den Fall, wo Haupt- und Nebenverpflichtung alternativ sind, besitzen wir folgende Stellen:

l. 8 § 9 h. t. (46. 1)

Ulp. l. XLVII ad Sabinum.

Idem Julianus ait, si is, qui hominem aut decem dari stipulatus fuerat, fidejussorem ita acceperit: hominem aut decem, utrum ego velim? non obligabit eum, quia durior ejus conditio facta est.

l. 8 § 10 eod.

Contra autem, is, qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte fidejussorem ita accipiet: decem aut hominem, utrum tu voles? fit enim, inquit, hoc modo fidejussoris conditio melior.

Also auch hier unbedingte Gültigkeit oder Ungültigkeit.

Unter der Voraussetzung des Identitätsprincips, ist jedes Bürgschaftsverhältniss zwischen einer einfachen und einer alternativen Obligation oder zwischen zwei alternativen Obligationen unmöglich, wenn wir alle Glieder der Alternative als sofortige Objecte der alternativen Obligation betrachtet wissen wollen.

Dagegen ist, immer unter Voraussetzung des Identi-

tätsprincips, ein jedes accessorische Verhältniss dieser Art zulässig, wenn wir das Object der alternativen Obligation als unbestimmt ansehen: die Gültigkeit der fidejussio ist eben in pendenti und hängt von der Entscheidung der Alternative ab.

Was die Theorie der durior causa anbetrifft, so scheint diese es ganz vergessen zu haben, dass der Inhalt der alternativen Obligation ein unbestimmter ist. Sie beurtheilt die Schwere der obligatio fidejussoris sofort nach dem Moment der Begründung der Obligatio und erklärt sie danach sofort für gültig oder ungültig. In Folge des erkennt sie manche fidejussio als gültig an, die die Pendenztheorie, unter Voraussetzung des Identitätsprincips, nicht anerkennen würde, wenn die Entscheidung auf ein Object fiele, das von dem Object der einfachen Obligatio verschieden wäre; — verwirft aber auch manche fidejussio, die die Pendenztheorie anerkennen würde, weil die Entscheidung zur Identität des Objects der beiden Obligationen, der Haupt- und der Nebenobligation, führte.

Diese letzte Consequenz ist aber absurd: eine Obligation erscheint als durior, deren Inhalt absolut identisch ist mit dem Inhalt der Hauptobligation!

Wir glauben es als eine nothwendige Consequenz der Natur der alternativen obligatio ansehen zu müssen, dass keine fidejussio verworfen wird, bevor die Alternative entschieden ist, dass also auch die Frage,

ob die causa fidejussoris durior ist, nach dem Momente der Entscheidung der alternative beurtheilt wird.

§ 6.

Weitere Consequenzen der Pendenz (actio redhibitoria, compensatio, Legat einer alternativ geschuldeten Sache, l. Julia dotalis).

Weitere Consequenzen der Pendenz sind beispielsweise folgende: (an eine erschöpfende Aufzählung ist gar nicht zu denken —)

1. Es ist ungewiss, ob eine actio redhibitoria zulässig sein (suspensives Princip) oder bleiben wird (resolutives Princip). Wir berufen uns hier auf die analogie von

l. 43 § 9 de aedil ed. et redhib. 21. 1.

Paulus l. I ad edictum aedilium.

Si sub conditione homo emptus sit, redhibitoria actio ante conditionem existentem inutiliter agitur: quia nondum perfecta emptio, arbitrio judicis imperfecta fieri non potest: & si ex empto vel vendito, vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta conditione, iterum agi poterit.

2. So lange der Inhalt der Obligation in pendenti ist, ist es ungewiss, ob die alternative obligatio zur Compensation zu verwenden ist.

l. 22 de compens. 16. 2.

Scaevola libro II. Quaestionum.

Si debeas decem millia, aut hominem, utrum adver-

sarius volet ita compensatio huius debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset.

3. Ist das eine der Objecte der Alternative zum Gegenstand einer letztwilligen Verfügung gemacht, so ist es im Sinne der einen Theorie ungewiss, ob die betreffende Verfügung überhaupt irgend einen Inhalt haben wird: erst die Entscheidung der Alternative löst diese Ungewissheit.

l. 75 § 4 de legatis I.
Ulpianus l. V Disp.

Proinde si Stichum legaverit, quum ille ei Stichum, aut decem deberet, incerti actio legatario adversus heredem competit, ut scripsit Julianus libro trigesimo tertio Digestorum, per quam actionem compellat heredem experiri; et si Stichum consecutus fuerit, praestabit ei, si decem, nihil consequetur; secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est.

Im Sinne der resolutiven Pendenztheorie hat das Legat eines der Gegenstände der Alternative wohl von vornherein einen bestimmten Inhalt, scheidet aber der betreffende Gegenstand aus der alternativen Obligation aus, so fällt das Legat als inhaltlos zusammen:

l. 50 § 1 de legatis II.
Marcellus l. XXVIII Digestor.

Si Titius mihi Stichum aut decem debeat, et lega-

vero tibi Stichum quem mihi debet, placet extingui legatum decem solutis.

Den Fall, dass beide Gegenstände der Alternative an verschiedene Personen legirt sind, behandeln die zwei widersprechenden Stellen:

l. 50 § 1 de legatis II.
Marcellus l. XXVIII Dig.

Si Titius mihi Stichum aut decem debeat . . . . et si diversis alii decem, alii Stichus legatus fuerit, ex eventu solutionis legatum valet.

l. 76 de legatis I.
Julianus l. XXXIV. Digestorum.

Quodsi quis Stichum aut Pamphilum stipulatus Sempronio Stichum legasset, Maevio Pamphilum, oneratus heres intelligitur, ut necesse habeat alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare.

Diese letztere Entscheidung ist nicht etwa auf die resolutive Theorie zurückzuführen, — denn auch nach dieser, — das zeigt ja auch die Entscheidung des Marcellus — müsste das Legat des aus der Obligation ausscheidenden Objects, wenn auch ursprünglich gültig, doch später zusammenfallen. Dazu kommt, dass Julian, soweit wir die Quellen übersehen, kein Anhänger dieser Theorie war.

Wir können hier nur eine günstige Interpretation

sehen, die das Legat eines nicht gewählten Objects ähnlich behandelt, wie das Legat einer res aliena.

4. Besonders wichtig ist der Einfluss des Schwebezustands im Falle, wenn der Inhalt einer alternativen Obligation zum Gegenstande einer dos gemacht ist:

l. 9 § 3 de fundo dotali 23. 5.

Africanus l. VIII. Quaestionum.

Si marito, debitori fundi id, quod debet, doti mulier promiserit, dotalem fundum effici.

§ 1. Quodsi ei promittat qui fundum aut decem debuit, in arbitrio esse mariti, quod in dote sit.

§ 2. Quodsi Stichum aut fundum debuit maritus et quod debet doti ei promissum sit, Sticho mortuo, fundum in dote esse.

§ 3. His consequens esse ait, ut si Cornelianum aut Sempronianum fundum debenti id quod debet doti promissum sit, utrum eorum dotalem esse malit, hunc dotis esse, plane utrum velit alienaturum, alterum alienari non posse, si tamen alienum rursus redimat, adhuc in ejus potestate est, an eum quem retinuisset alienare velit.

l. 10.

Paulus l. V. Quaestionum.

... erit ergo potestas legis ambulatoria ... Numquid ergo illo nondum redemto alterum quoque alienare possit, quia potest alterum redimere, an hoc non debet recipi, ut nullus in dote sit? Certe

ex postfacto videbitur recte alienatus, illo postea redemto.

Die Unbestimmtheit des Objects der alternativen Obligation hat zur Consequenz, dass es unbestimmt ist, welches Object von der lex Julia ergriffen wird. In Verbindung mit der Ungebundenheit der Wahl führt diese Unbestimmtheit hier, wie wir sehen, zu Consequenzen, die dem Sicherungszweck der lex Julia geradezu entgegengesetzt sind.

Ist die Wahl dem Gläubiger eingeräumt, so bestimmen die Quellen:

l. 11 de fundo dotali 23. 5.

Africanus l. VIII Quaest.

Quodsi fundus in dotem aestimatus datus sit, ut electio esset mulieris, negavit alienari fundum posse; quodsi arbitrio mariti sit, contra esse.

c. 1 C. de fundo dotali V, 23.

Impp. Severus et Antoninus A. A. Didiae.

Si aestimata praedia data essent in dotem, et convenisset ut electio mulieri servetur, nihilo minus lex Julia locum habet. Est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur.

In diesem Falle würde die Veräusserung auch nur des einen fundus das Wahlrecht des Gläubigers verletzen: beide Grundstücke erscheinen daher dinglich gebunden.

Ganz im Sinne der resolutiven Pendenztheorie

würde es sein, wenn die dingliche Gebundenheit beide Objecte ergriffe, auch in dem Falle, wo der Schuldner die Wahl hätte: sind denn nicht nach dieser Theorie, so lange die Entscheidung nicht eingetreten, beide Objecte in obligatione und folglich auch in dote?

Capitel III.
Die Entscheidung der Alternative.

A. Thatsachen, die die Entscheidung herbeiführen.

§ 1.

I. Zufälliger Untergang des einen der beiden Gegenstände.

Der Schwebezustand kann vor allen Dingen durch den blossen Zufall aufgehoben werden. Der Untergang des einen der beiden Objecte macht der Alternative ein Ende.

l. 95 pr. de sol. et lib. 46. 3 Papin. l. XXVIII Quaest.

Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? altero mortuo qui vivil solus petetur.

Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aeque peti poterit.

l. 34 § 6 de contrah. emtione. 18. 1.

Paulus l. XXXIII ad edict.

Si emtio ita facta fuerit: est mihi emtus Stichus aut Pamphilus .... uno mortuo qui superest dandus est.

l. 10 § 6 de jure dotium 23. 3.

Ulpianus l. XXXIV ad Sabinum.

Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio aut res praestentur . . . . si res non extet aestimationem omnimodo maritus praestabit.

l. 9 § 2 de fundo dotali 23. 5.

Africanus l. VII Quaestionum.

Quod si Stichum aut fundum debuit maritus, et quod debet doti ei promissum sit, Sticho mortuo fundum in dote esse.

l. 11 § 1 de legatis II.

Pomponius l. VII ex Plautio.

Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet Titio dato.... Si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit in obligatione manebit.

Es ist hierbei, wie wir sehen, einerlei, ob die alternative Obligation auf Wahl gestellt ist oder nicht. Auch dann, wenn dies der Fall ist, wird die Obligation durch den zufälligen Untergang des einen Gegenstandes ohne weiteres vereinfacht.

Ist die alternative Obligation auf Wahl gestellt, so ist das, wie wir bald sehen werden, nur von Einfluss auf das s. g. jus variandi oder auf die Zuständigkeit des Wahlrechts.

Dem Untergang des einen Gegenstandes steht es gleich, wenn der eine der beiden Gegenstände seine Wählbarkeit verliert.

l. 16 pr. de verb. obl. 45 1.

Pomponius l. VI ad Sabinum.

Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex iis meus factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te.

§ 2.

II. Vertrag und letztwillige Bestimmung.

Der Schwebezustand kann auch durch den Willen der Parteien sein Ende erreichen. Inter vivos kann der Vertrag, mortis causa auch der einseitige Wille des Erblassers, wenn er Gläubiger und Wähler ist, einen einzigen bestimmten Inhalt an Stelle der Alternative setzen, die alternative Obligation concentriren, vereinfachen.

1. So kann das auf den einen der Gegenstände der Alternative gerichtete pactum de non petendo auf die Obligation vereinfachend wirken.

l. 27 § 6 de pactis 2. 14.

Paulus lib. III ad Edictum.

Sed si stipulatus decem aut Stichum, de decem pactus sim, ... si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus praestetur, possum efficaciter de Sticho agere nulla exceptione opponenda. Idem est, et si de Sticho non petendo convenerit.

Allerdings kann die Absicht der Parteien dem pactum de non petendo auch die Bedeutung eines reinen Erlasses, ähnlich der acceptilatio verleihen.

l. 27 § 6 de pactis 2. 14.

Sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim, et petam Stichum aut decem exceptionem pacti conventi in totum obstaturam; nam ut solutione, et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento, de una re non petenda interposito, totam obligationem summoveri.

2. Aehnlich dem pactum de non petendo wirkt auch der contrarius consensus in Bezug auf das eine der Objecte eines alternativen zweiseitigen Vertrages.

l. 4 de resc. vend. 18. 5.

Libro VIII. Digestorum Juliani Paulus notat. — Si emtio contracta sit, togae puta aut lancis, et pactus sit venditor, ne alterutrius emtio maneat, puto resolvi obligationem hujus rei nomine duntaxat.

3. Die alternative Obligation wird auch durch ein auf eins der beiden Objecte gerichtetes constitutum vereinfacht.

l. 25 pr. de pec. const. 13. 5.

Papin. lib. VIII Quaest.

Illud, aut illud debuit et constituit alterum; an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est. Dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere.

4. Aehnlich wirkt auch die ademtio, wenn wir uns an die Analogie des generis legatum halten.

l. 11 de adim. v. transfer. leg. 34. 4.

Julianus l. LIV Digestorum.

Qui hominem legat et Stichum adimit, non perimit legatum sed extenuat.

l. 12 eod. tit.

Ulpianus lib. L ad Sabinum.

Ut Stichum legatarius eligere non possit.

Die liberatio legata *), die acceptilatio **) und die novatio ***), wenn auf eins der beiden Objecte gerichtet, bewirken nicht bloss Vereinfachung, sondern geradezu Aufhebung der obligatio.

*) l. 7 pr. de lib. leg. (34. 3) Ulpianus lib. XXX ad Sabinum. Non solum autem, quod debetur, remitti potest: verum etiam pars ejus vel pars obligationis: ut est apud Julianum tractatum lib. XXXIII Digestorum. § 1. Si is, qui stipulatus Stichum, aut decem, damnaverit heredem, Stichum non petere: legatum valere constat: sed quid contineat videamus. Et Julianus scribit, actionem ex testamento in hoc esse videri, ut debitor accepto liberetur, quae res utique debitorem et in decem liberabit, quia acceptilatio solutioni comparatur: et quemadmodum si Stichum solvisset debitor, liberaretur, ita et acceptilatione Stichi liberari.

**) l. 27 § 6 de pactis 2. 14 (vgl. oben sub 1).

l. 17 D. de acceptilatione 46. 4 Julian. l. LIV Dig.

Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit partem stipulationis perimit, et petere quinque aut partem hominis potest.

***) Trotz der Verschiedenheit des Inhalts der novirenden und der zu novirenden obligatio ist hier doch wohl eine novatio möglich und zwar mit sofortiger Wirksamkeit möglich: die Novation vereinfacht die Obligation und löst dieselbe zu gleicher Zeit. Es spricht dafür die Analogie von petitio und acceptilatio. Cfr. l. 27 § 6 de pactis 2. 14.

§. 3.

III. Wahl.

Person des Wahlberechtigten. Persönlichkeit des Wahlrechts. Jus variandi.

Hat weder der Zufall noch der Vertrag resp. der einseitige Wille des Erblassers der alternativen Obligation jene Bestimmtheit gegeben, welche zu ihrer Verwirklichung nöthig ist, so ist man daraf angewiesen, in der Wahl eine Entscheidung der Alternative zu suchen.

Auf die Wahl weist ja die von Object zu Object hin- und herschwankende Alternative ihrer Natur nach selber hin, und so hat denn auch das Recht die Wahl als das Mittel anerkannt, das die Ungewissheit der Alternative heben soll. Wer soll aber Wähler sein? Das klassische Römische Recht giebt die Wahl dem Schuldner, sowohl bei Geschäften inter vivos *), als

---

*) l. 10 § 6 de Jure Dot. 23. 3.
Ulp. Lib. XXXIV ad edictum.
Si res in dotem datae fuerint quamvis aestimatae, verum convenerit ut aut aestimatio, aut res praestentur, si nihil de electione adjiciatur, electionem habebit maritus, utrum malit res offerre, an pretium earum. Nam et quum illa aut illa res promittitur, rei electio est utram praestet.
l. 34 § 6 de contr. emt. 18. 1.
Paulus l. XXXIII ad edictum.
Si emtio ita facta fuerit: est mihi emtus Stichus, aut Pam-

auch bei Geschäften mortis causa, — wir haben hier natürlich nur das legatum per damnationem im Auge*). Dem Gläubiger gehört die Wahl nur, wenn ihm dieselbe ganz ausdrücklich eingeräumt ist**).

---

philus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus.

l. 25 pr. eod.

Ulpianus l. XXXIV ad Sabinum.

Si ita distrahitur: illa aut illa res, utram eliget venditor, haec erit emta.

§ 3 J. de actionibus IV, 6.

.... si quis ita a te stipulatus sit: hominem Stichum aut decem aureos dare spondes? .... promissoris est electio utrum pecuniam an hominem solvere malit.

*) l. 19 de legatis II (31).

Celsus l. XVIII Digestorum.

.... Si damnatus heres alterutrum dare, Stichum dederit, quum ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

l. 43 § 3 de legatis II (31).

Pomponius l. III ad Quint. Mucium.

Si ita scriptum sit, decem aut quindecim heres dato, pro eo est ac si decem sola legata sint. Aut si ita (scriptum) sit: post annum aut post biennium, quam ego decessero heres dato, post biennium videtur legatum, quia heredis esset potestas in eligendo.

**) l. 112 pr. de V. O. 45. 1.

Pomponius l. XV ad Quint. Mucium.

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet, quem elegerit, petet.

l. 75 § 8 de V. O. 45. 1.

Ulpianus l. XXIII ad edictum.

Sed utcunque is, qui sibi electionem constituit adjectis his verbis: utrum ego velim, potest videri certum stipulatus.

l. 93 eodem.

Paulus l. III ad Vitellium.

Si sic stipulatus fuero: per te non fieri, quominus hominem ex his quos habes, sumam? electio mea erit.

Diese Grundsätze scheinen sich ursprünglich auf dem Gebiete der Stipulationslehre entwickelt zu haben — und dann ganz unbedenklich, als verstände es sich von selbst, auch auf die übrigen Obligationen, auch auf die negotia bonae fidei, ausgedehnt worden zu sein *). Ob die Entwicklung im Legatenrecht eine selbstständigere war, ist nicht festzustellen.

Im Justinianeischen Recht müssen wir wohl negotia inter vivos und mortis causa unterscheiden: inter vivos gebührt die Wahl dem Schuldner, mortis causa dem Legatar, — es müsste denn die Wahl der Gegenpartei ausdrücklich eingeräumt sein **).

Das einmal begründete Wahlrecht, mag es nun unmittelbar durch Gesetz oder durch Parteiwillen begründet sein, gehört nicht dem bestimmten Gläubiger oder dem bestimmten Schuldner, sondern dem Gläubiger oder Schuldner als solchen. Es hängt nicht an der Person des ersten Gläubigers oder Schuldners und wird daher auch mit der Obligatio nicht bloss vererbt ***),

---

*) Vgl. oben Anm. p. 45 l. 10 § 6 de J. D. (23. 3) und l. 34 § 6 de contr. empt. 18. 1.

**) Vgl. Savigny, Obl. Recht Bd. I, S. 38 und l. 2 pr. C. VI, 45.

***) l. 75 § 3 de legatis I. (30) Ulpianus l. V. Disputationum. Si quis ita stipulatus: Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur heres ejus, ut praestet legatario actionem, electionem habituro, utrum Stichum, an decem persequi malit.

sondern auch übertragen, kann auch durch Stellvertreter ausgeübt werden *).

Der entgegengesetzte Grundsatz, wonach wenigstens das dem Gläubiger ausdrücklich eingeräumte Wahlrecht ein höchst persönliches ist **), hat auch schon im Justinianeischen Recht nur ein ziemlich beschränktes Anwendungsgebiet ***), im modernen gemeinen Recht gar keines. Vielleicht der genaue Ausdruck eines vergangenen Rechtszustandes ist der

---

l. 19 de optione vel electione legata. 35. 5.
Paulus lib. III Sententiarum.
Illud aut illud, utrum elegerit legatarius; nullo a legatario electo, decedente eo post diem legati cedentem, ad heredem transmitti placuit.

*) l. 66 de procuratoribus et defens. 3. 3.
Papinianus l. IX Quaest.
Si is, qui Stichum vel Damam, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est, et ratum habebat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit, facit, ut res in judicium deducta videatur, et stipulationem consumit.

**) l. 76 pr. de V. O. 45. 1.
Paulus l. XVIII ad edictum.
Si stipulatus fuerim „illud aut illud, quod ego voluero", haec electio personalis est.

***) Fortsetzung der l. 76 cit.
... et ideo servo vel filio talis electio cohaeret: in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore.
l. 141 pr. de verbor. obl 45. 1.
Gaius lib. II de verb. obl.
Si servus aut filius familias ita stipulatus sit: illam rem aut illam, utram ego velim, non pater dominusve, sed filius servusve destinare de alterutra debet.

Grundsatz von der Persönlichkeit des Wahlrechts auch schon im Justinianeischen Recht nichts als eine Art Rechtsversteinerung, wie sie uns in der Entwickelung von Recht und Rechtswissenschaft so häufig begegnen.

Das dem Schuldner von Gesetzes wegen zustehende Wahlrecht wird in der Regel in und mit der Leistung verwirklicht. Bis dahin erscheint es ungewiss, was Object der alternativen obligatio wird oder bleibt. Der einseitige Wahlact des Schuldners als solcher ist nicht im Stande die Ungewissheit zu heben, den Obligationsinhalt definitiv zu bestimmen. Doch nicht allein, dass die alternative Obligation durch den Wahlact des Schuldners nicht vereinfacht wird — sie vereinfachen, hiesse dem Wahlact des Schuldners eine auch für den Gläubiger bindende Bedeutung beilegen — der Schuldner wird auch für seine eigene Person durch seinen Wahlact nicht gebunden, er hat das sogenannte jus variandi*). Der Wahlact hat hier keine selbstständige Bedeutung, er fällt mit der Leistung zusammen. Die Concentration der Obligation coincidirt mit ihrer Aufhebung.

---

*) l. 138 § 1 de V. O. 45 1. Venuleius l. IV stipul.
Quum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest.

Vgl. dazu l. 106 de V. O. 45. 1. l. 21 § 6 de act. emti et vend. 19. 1.

Nur dann, wenn dem Schuldner, der schon kraft Gesetzes das Wahlrecht hat, das Wahlrecht noch ausdrücklich eingeräumt ist, gewinnt der Wahlact desselben eine selbstständige Bedeutung. Die einmal geäusserte Wahl wirkt bindend, bindend für beide Theile, und vereinfacht die obligatio — quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest, sagt motivirend die l. 138 § 1 de V. O. 45. 1*).

Diese Grundsätze des Römischen Rechts entspringen nicht aus einer formalistischen Interpretation der Römischen Geschäftsformeln; sie haben ihren Grund in dem Wesen der alternativen Obligation, in dem Versicherungszweck derselben. Würde dieser Zweck nicht vereitelt werden, wenn es dem Schuldner gestattet wäre ohne Weiteres, noch vor der Leistung, den Obligationsinhalt auf das eine der Objecte der Alternative zu concentriren? Die Alternative ist ja nicht blos zu Gunsten des Schuldners, sondern auch zu Gunsten des Gläubigers gemeint. Soll daher der einseitige Wahlact des Schuldners simplificirende Gewalt haben, so muss das Recht hierzu dem Schuldner ausdrücklich eingeräumt sein. Eine solche Einräu-

*) l. 84 § 9 de legatis I. (30) Julianus l. XXXIII Digestor. Stichum, aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato; si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur; quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

mung liegt nun, nach Meinung der Römischen Juristen, vor, wenn dem Schuldner das Wahlrecht, das er ohnehin besitzt, noch ganz express gegeben wird: die Wahl scheint hier auch im Ausdruck nicht mehr mit der Leistung zusammenzufallen.

In Bezug auf das Wahlrecht des Gläubigers ist, im klassischen Rechte wenigstens, der Unterschied zwischen voluntas expressa und ea quae inest unzulässig: das Wahlrecht des Gläubigers ist immer ein ausdrücklich eingeräumtes. Hier kommt es nach Pomponius wesentlich auf die Absicht der Parteien und den Ausdruck des obligationsbegründenden Rechtsgeschäfts an, und es gilt die Regel:

l. 112. De Verb. obl. (45. 1)

Pomponius l. XV ad Quint. Mucium.

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet, quem elegrit, petet, et is erit solus in obligatione; an autem mutare voluntatem possit, et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit: q u e m v o l u e r o, an: q u e m v o l a m; nam si talis fuerit: q u e m v o l u e r o, q u u m s e m e l e l e g e r i t, m u t a r e v o l u n t a t e m n o n p o t e r i t; si vero tractum habeat sermo illius, et sit talis: quem volam, donec judicium dictet, mutandi potestatem habebit.

Scaevola dagegen scheint auch bei der Formel

quem volam dem Gläubiger ein jus variandi verweigert zu haben —

l. 22 de compens. (16. 2)
Scaevola l. II Quaest.

Si debeas decem aut hominem, utrum adversarius *volet*: ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius *palam dixisset utrum voluisset*.

Es ist auch nicht unwahrscheinlich, dass nach der Meinung mancher Römischen Juristen — wir nehmen an, dass Scaevola mit seiner Meinung nicht allein dastand — es nur dem Schuldner verweigert war, die alternative obligatio durch einseitigen Wahlact auf das eine der Objecte der Alternative zu concentriren. Der Gläubiger hätte demnach stets durch einseitige Wahl das Obligationsobject definitiv und unabänderlich bestimmen können. Und mit Recht. Denn nur für das jus variandi des Schuldners ist die Natur der alternativen Obligation mit Erfolg anzurufen: non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. l. 75 de R. J. Die Wahl des Gläubigers verbessert nur die Lage des Schuldners, indem sie dessen Verantwortlichkeit verringert: alienam conditionem meliorem etiam inviti et ignorantis facere possumus. l. 39 (3. 5).

Dafür, dass das Wahlrecht des Gläubigers auch vor angestellter Klage definitiv bindend ist, spricht auch die Analogie des alternativen und generellen

legatum per vindicationem, sinendi modo und per praeceptionem, in welchen der Legatar, also der Rechtsinhaber, kraft Gesetzes das Wahlrecht hat.

l. 5 pr. de legatis I

Paulus l. I ad Sabinum.

Servi electione legata, semel duntaxat optare possumus.

§ 4.

III. Wahl (Fortsetzung.)

Objective Voraussetzungen der Wahl.

Bei den bisherigen Auseinandersetzungen über das Wahlrecht kam der Gegensatz der die alternative Obligation beherrschenden Theorieen nicht in Betracht, anders bei den nunmehr zu erörternden Fragen.

Nach welchem Momente soll die Wählbarkeit, die passive Wahlfähigkeit des Objects beurtheilt werden?

Sind beide Gegenstände der Alternative in obligatione, so hat die Wahl nur zu entscheiden, was in obligatione bleibt und was ex obligatione ausscheidet. Ist der Gegenstand der Obligation noch unbestimmt, so bestimmt die Wahl, was Object der Obligation wird. Im ersten Falle entnimmt die Wahl ihr Object aus den Objecten der Obligation, im zweiten Falle entnimmt die Obligation ihr Object aus den Objecten der Wahl. Die Consequenz ist also folgende: um gewählt werden zu dürfen, muss, nach der ersten Theorie, das Object sowohl im Moment der Begrün-

dung der Obligation, als im Momente der Wahl, fähig sein Object der Obligation zu sein; nach der zweiten Theorie müsste es blos auf den Moment der Wahl ankommen.

Leider enthält das Corpus juris keine einzige Stelle, die auf dem Gebiete der alternativen Obligation diesen Gegensatz der Anschauungen zum Ausdruck brächte. Sowohl Paulus, der sonst die Consequenzen der Theorie von der suspensiven Pendenz zu vertreten pflegt, als Marcellus, der der entgegengesetzten Grundansicht huldigt, sind darin einig, dass das Object nicht bloss im Momente der Wahl, sondern schon im Momente der Begründung der alternativen Obligation fähig sein muss, Object der Obligation zu sein.

l. 128 D. de V. O. 45, 1.

Paulus l. X Quaestionum.

.... Qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit ejus esse, non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

l. 72 § 4, D. de sol. et lib. 46, 3.

Marcellus l. LXX Digestorum.

Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, quum esset meus Pamphilus; nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando; neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio, nec solutio.

Anders auf dem Gebiete der obligatio generis. Hier ist es direct anerkannt, dass dieser Grundsatz die Consequenz derjenigen Theorie ist, die alle Objecte in obligatione sieht:

l. 66. § 3 de leg. II.

Papinianus l. XVII Quaest.

Non idem respondetur, cum duobus testamentis generatim homo legatur: nam qui solvente altero, legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non poterit. Eademque ratio stipulationis est: hominis enim legatum, orationis compendio singulos homines continet, utque ab initio non consistit in his, qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur cujus dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit.

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Marcellus:

l. 72 § 4 de sol. et lib. 46. 3.

Marcellus l. LXX Digestorum.

Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus; nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando: neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio, nec solutio. Sed ei, qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his, qui tunc stipulatori servierant, dando promissor liberatur; vi quidem ipsa et hic ex his dari

stipulatus est, qui ejus non erat. Fingamus ita stipulatum: hominem ex his, quos Sempronius reliquit, dare spondes? cum tres Sempronius reliquisset, eorumque aliquem stipulatoris fuisse: num mortuis duobus, qui alterius erant, supererit ulla obligatio, videamus. Et magis est deficere stipulationem, nisi ante mortem duorum desierit esse reliquus servus stipulatoris.

l. 67 pr. de sol. et lib. 46. 3.
Marcellus l. XIII Digestorum.

Si quis duos homines promiserit, et Stichum solverit, poterit ejusdem Stichi dominium postea consecutus, dando liberari.

Merkwürdig, wie hier die Stellung der wissenschaftlichen Parteien vertauscht erscheint! In der Lehre von der alternativen Obligation vertritt Marcellus die Theorie der Bestimmtheit des Objects, Papinian die der Unbestimmtheit, in der Lehre von der obligatio generis ist es gerade umgekehrt. Dass Jemand, der in der alternativen Obligation beide Gegenstände in obligatione sein lässt, die obligatio generis für eine unbestimmte hält, ist leicht begreiflich: in der Verbindung von Alternative und individueller Bezeichnung der Gegenstände giebt die alternative Obligation häufig ein irre führendes Gemisch von Bestimmtheit und Unbestimmtheit, — nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit in incerto est (l. 75 § 8 de V. O. 45. 1); in der obligatio generis

dagegen scheint die Unbestimmtheit rein und zweifellos aufzutreten. Geradezu unbegreiflich erscheint es aber, dass Jemand, der schon den Inhalt der alternativen Obligation für unbestimmt hält, wie Papinian, (vgl. l. 95 pr. § 1 de sol. et lib. 46. 3 und weiter unten Cap. IV, 5) bei der generellen Obligation die Gesammtheit der Einzelobjecte, die das genus ausmachen, in obligatione sein lässt. Nur in der fragmentarischen unsystematischen Behandlung des Rechts können wir den Grund dieser fast räthselhaften Inconsequenz suchen.

Es ist die Theorie der suspensiven Pendenz, der wir in dieser Frage Recht geben müssen.

Was Paulus von der generis obligatio sagt — tacite in ea tempus continetur — l. 83 § 5 de V. O. 45. 1 — gilt nicht minder von der obligatio alternativa. Wie Derjenige, der eine Bedingung setzt, so zieht auch Derjenige, der einer Verpflichtung einen alternativen Inhalt giebt, die Zukunft in das Bereich seiner Berechnungen und sucht im Voraus sich die Herrschaft über dieselbe zu sichern: die Alternative hat verschiedene Eventualitäten im Auge, die Wahl soll diese Eventualitäten berücksichtigen können. Unwiderleglich ist dies namentlich in dem Fall, wo der Wahl eine Frist gewährt ist. Der Absicht der Parteien, dem Eventualcharacter der alternativen Obligation wird man nur gerecht, wenn man die objec-

tiven Voraussetzungen der obligatio nach dem Momente der Wahl beurtheilt.

Man erinnere sich, dass aus ähnlichen Gründen es der Moment der conditio existens ist, der für die Beurtheilung der objectiven Voraussetzungen der bedingten obligatio entscheidend ist.

§ 5.

III. Wahl (Fortsetzung).

Untheilbarkeit der Wahl.

Die Gegenstände der Alternative sollen sich gegenseitig ersetzen, schliessen sich aber auch gegenseitig aus. Der Schuldner ist verpflichtet, den einen oder den anderen zu leisten, aber auch nur den einen oder nur den anderen, den einen oder den anderen ganz, nicht etwa einen Theil des einen und einen Theil des anderen. Der Gläubiger ist verpflichtet, den einen oder den anderen anzunehmen, aber nur den einen oder nur den anderen, den einen oder den anderen ganz. Das ist dasjenige, was man die Untheilbarkeit der alternativen obligatio genannt hat und was wir ebenso gut Untheilbarkeit der Wahl nennen können.

In der Sprache der zwei herrschenden Theorieen ausgedrückt, müssten wir sagen:

der Wähler, sei es der Schuldner oder der Gläubiger, darf nur den einen oder nur den anderen Gegenstand der Alternative, diesen aber ganz zum Object der

obligatio machen: Wahlobject und somit Object der obligatio wird nur der ganze Gegenstand;

oder:

nur wenn der eine der beiden Gegenstände der Alternative, dieser aber ganz, geleistet ist, scheidet der andere Gegenstand aus der obligatio aus.

In Verbindung mit dem jus variandi bringt dieser Satz die Consequenz hervor, dass die alternative obligatio in der Regel durch Theilleistung nicht auch pro parte getilgt wird.

Darf die Theilleistung darum zurückgefordert werden? Gewiss. Hierin sind beide Theorieen einig. Sie gehen auseinander in Bezug auf den Zeitpunkt, in welchem die condictio angestellt werden darf

Ist utrumque in obligatione, so befindet sich die Theilleistung jedenfalls nicht ohne Grund in den Händen des Gläubigers, einerlei, ob er sich eine theilweise Tilgung der obligatio gefallen lassen will oder nicht. Der eine Gegenstand der Alternative, dessen Theil geleistet worden ist, scheidet aber erst dann ex obligatione aus, wenn der andere Gegenstand voll geleistet worden ist. Erst dann ist die condictio der Theilleistung gestattet. Das ist die Ansicht von Celsus und Marcellus.

l. 26 § 13 de cond. ind. 12. 6.

Ulpianus l. XXVI ad edictum.

Si decem, aut Stichum stipulatus solvam quinque,

quaeritur, an possim condicere? .... Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicesimo Digestorum scripsit, ... eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur petique ab eo posse reliqua quinque, aut Stichum, et si praestiterit residua quinque, videri eum et in priora debita solvisse; si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita.

Giebt erst die Leistung der obligatio ihren Gegenstand, so hat eine Theilleistung es jedenfalls noch nicht gethan: die Theilleistung kann sofort zurückgefordert werden.

l. 2 § 1 de V. O. 45. 1.

Paulus l. XII ad Sabinum.

(Stipulationum) quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota datur, stipulationi satis non fit, veluti quum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur. Ejusdem conditionis est haec stipulatio, Stichum aut Pamphilum dari?

§ 6.

III. Wahl (Fortsetzung).

Einfluss des Irrthums auf die Wahl.

Höchst merkwürdig ist es, wie die beiden herrschenden Theorieen in ihrem Gegensatze zur Geltung

kommen in der Lehre von dem Einfluss des Irrthums auf die Wahl. Es kommen hier folgende Fälle in Betracht:

1. Der Schuldner hält sich für einfach verpflichtet, während er alternativ verpflichtet ist. Darf er den geleisteten Gegenstand zurückfordern?

Nach der einen Anschauung hat er doch nur geleistet, was er wirklich schuldete; von einem Rückforderungsrechte kann daher nicht die Rede sein.

Vertreter dieser Ansicht ist Celsus:

l. 19 de legat. et fideicomm. II (31)

Celsus l. XVIII Digestorum.

.... si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, quum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

Die entgegengesetzte Anschauung führt auch hier zu entgegengesetzten Consequenzen. Schuldobject wird nur was gewählt ist. Was gewählt ist, ist aber nicht geleistet, was geleistet, nicht gewählt. Dem Schuldner muss unbedingt die condictio indebiti gestattet werden. Dies ist die Meinung von Julian.

l. 32 § 3 de condictione indeb. 12. 6.

Julianus l. X Digestorum.

Qui hominem generaliter promisit similis est ei, qui hominem aut decem debet; et ideo, si, quum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.

2. Der Schuldner hält sich für einfach verpflichtet und leistet einen Theil dieses Gegenstandes.

Nach der einen Anschauung wird er, wie wir schon oben in der Lehre von der sogenannten Untheilbarkeit der Alternativobligation gesehen, eine condictio indebiti erst dann anstellen dürfen, wenn er den anderen Gegenstand der Alternative voll geleistet.

l. 26 § 13 de condict. indeb. 12. 6.
Ulp. l. XXVI ad edictum.

Si decem aut Stichum stipulatus, solvam quinque, quaeritur an possim condicere? .... Placuit autem, ut Celsus libro VI et Marcellus l. XX. Digestorum scripsit.... si Stichum praestitisset quinque eum posse condicere quasi indebita.

Nach der anderen Anschauung hat er diese condictio sofort.

l. 2 § 1 de Verb. Obl. 45. 1.
Paulus lib. XII ad Sabinum.

(Stipulationum) quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti quum hominem generaliter stipulor .... Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est; sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem conditionis est haec stipulatio, Stichum aut Pamphilum dare?

3. Der Schuldner hält sich für cumulativ verpflichtet und leistet beide Gegenstände.

Unzweifelhaft ist hier ein Gegenstand zu viel geleistet, und unzweifelhaft hat hier der Schuldner das Recht, den einen von den zwei geleisteten Gegenständen zurückerstattet zu erhalten. Wer soll aber die Wahl haben? Der frühere Schuldner oder der frühere Gläubiger?

Ist utrumque in obligatione, so ist folgende Argumentation möglich. Von keinem der beiden geleisteten Gegenstände kann der frühere Schuldner behaupten, es sei ein indebitum. Er muss daher seine condictio alternativ anstellen. Der frühere Gläubiger muss dagegen wohl oder übel anerkennen, dass er einen Gegenstand zu viel erhalten, und hat nun das Recht und die Pflicht der Wahl des zurückzugebenden Gegenstandes.

Dieser Ansicht sind hier wiederum Celsus und Marcellus, und auch Ulpian.

l. 26 § 13 de cond. indeb. 12. 6.

Ulpianus l. XXVI ad edictum.

Si decem aut Stichum stipulatus, solvam quinque . . . . si post soluta quinque et Stichus solvatur, et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus quaerit Celsus . . . . Et putat natam esse quinque condictionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.

Bestätigt wird dies durch

l. 10 C. de cond. indeb. IV, 5.

Imp. Justin. A. Juliano P. P.

Si quis servum certi nominis aut quandam solidorum quantitatem vel aliamrem promiserit, et quum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, dubitabatur cuius rei datur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniae et utrum stipulator an promissor habeat hujusrei facultatem. Et Ulpianus quidem electionem ei praestat qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert.

Ist dagegen nur Dasjenige als Schuldobject anzusehen, was wirklich gewählt ist, so muss die Wahl nothwendig dem früheren Schuldner zugesprochen werden, — denn nur derjenige von den geleisteten Gegenständen ist debitum, der von dem Schuldner als debitum anerkannt ist.

Das ist die Ansicht von Julian und mit ihm von Papinian:

l. 10 C. de cond. indeb. IV, 5 (Forts.).

Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, et huiusmodi sententiae sublimissimum

testem adducit Salvium Julianum, summae auctoritatis hominem et praetoriani edicti ordinatorem.

Dieser letzteren Ansicht schliesst sich übrigens Justinian selber an.

l. 10 C. eod.

Nobis haec decidentibus Juliani et Papiniani sententia placet, ut ipse habeat electionem recipiendi qui et dandi habuit.

Wäre es gestattet aus dieser Entscheidung auf Justinians Grundgedanken zurückzuschliessen, so hätten wir hiermit auch den positiven leitenden Grundsatz gewonnen zur Entscheidung der oben dargestellten Controversen: es ist dies der Grundsatz des Julian und des Paulus.

Wir können der Entscheidung Justinians nur beistimmen. Entspricht sie nicht am besten der Natur der condictio indebiti, welche berufen ist nach Möglichkeit den status ante errorem wiederherzustellen? Entspricht sie nicht auch am besten den allgemeinen Grundsätzen über Irrthum und dolus? Der nichtwahlberechtigte Gläubiger hat beide Gegenstände der Alternative in Empfang genommen: wenn aus Irrthum und bona fide, wie käme er dazu aus diesem Irrthum ein Recht abzuleiten? wenn mala fide, wie dürfte es gestattet sein, dass Jemand aus seinem dolus Rechte gewinne?

4. Der Gläubiger hält irrthümlich seine Forderung

für eine einfache, während sie eine alternative ist und fordert „a", während er „a" oder „b" fordern dürfte. Kann der Fehler wieder gut gemacht werden?

Celsus müsste diese Frage verneinen, und das thut er auch, allerdings mit Bezug auf ein alternatives legatum per vindicationem.

l. 19 de legatis II (31)
Celsus l. XVIII Digestorum.

Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, quum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis jus non habet.

Dass diese Entscheidung des Celsus mit seiner Grundanschauung im innigsten Zusammenhange steht, zeigt die schon oben angeführte Fortsetzung der Stelle:

tanquam si damnatus heres alterutrum dare, Stichum dederit, quum ignoret si permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

Diese hier durchgeführte Parallele ist wohl bedeutsam. Gewiss müssten wir vom entgegengesetzten Standpunkt dem Gläubiger das Recht einräumen, die einmal getroffene Wahl zu ändern. Auf welchem Wege dies zu verwirklichen, mag hier unausgeführt bleiben. Hier genüge es den Gegensatz der Anschauungen und ihrer Consequenzen prägnant hervorgehoben zu haben.

§. 7.

III. Wahl. (Fortsetzung.)

Wahlfrist. Folgen der Nichtwahl.

Wahl und Erfüllung fallen in der Regel zusammen. Die Frist der obligatio ist also in der Regel die Frist der Wahl. Für den Act der Wahl kann indess auch eine besondere Frist gesetzt sein. Welche Folgen hat aber die mora in der Wahl, auf Seiten des Schuldners und des Gläubigers?

1. Ist es der Schuldner, der säumig ist in der Ausübung seines Wahlrechts, so geht dasselbe auf den Gläubiger über.

Aber nicht ohne Weiteres. Die Thatsache der mora allein scheint dazu nicht zu genügen. Mögen auch alle Voraussetzungen der mora vorhanden sein, der Gläubiger darf seine Klage doch nicht anders als alternativ anstellen. Wollte er sich schon bei Anstellung der Klage das Wahlrecht zuschreiben, so wäre dies eine pluspetitio. Das gilt sowohl für das klassische wie für das Justinianeische Recht.

§ 33. Inst. de actionibus IV, 6.

.... causa plus petit ... si quis ita a te stipulatus sit: hominem Stichum aut decem aureos dare spondes? deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere

stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit: qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret, quo sibi stipulatus est.

Vgl. auch Gaius. Inst. IV, 53.

Causa plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis jure, velut si quis ita stipulatus sit: sestertium decem millia aut hominem Stichum dare spondes? deinde alterutrum solum ex his petat; nam quamvis petat quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare quod non petitur .... Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

Im Momente der litis contestatio ist also auch der morose Schuldner noch im Besitze seines Wahlrechts.

Wie lange darf er aber in demselben belassen werden? Der Schuldner ist nicht etwa bloss berechtigt zu wählen, er ist dazu verpflichtet. Es soll ja nur unbestimmt sein was, nicht ob geleistet werden soll. Lässt man dem Schuldner unbedingt sein Wahl-

recht, so stellt man die Wirksamkeit der obligatio selbst in Frage, und wir können im Anschluss an die l. 2 § 3 de certo loco sagen:

In proposito eum, qui promisit Stichum aut Pamphilum, si fuerit semper in ipsius arbitrio quid dare velit, ad dandum cogi non potuisse, semper enim alium electurum, sic evenire ut sit in ipsius arbitrio an debeat.

Es erscheint auch nur recht und billig, dass der Schuldner, der seinen Verpflichtungen nicht genügt, seines Wahlrechts verlustig geht. Dafür spricht auch die Analogie von

l. 22 §. 1 de fideicomm. lib. 40. 5.
Papinianus l. XXII Quaest.

A duobus heredibus, qui tres servos habebat, petiit, ut duos ex his, quos voluissent, manumittant; altero heredum latitante, alter declarat quos velit manumittere; potest dici fieri liberos, ut perinde libertas competat, ac si praesens solus manumittere potuisset.

Der Erbe, der durch Latitiren seiner Wahlpflicht zu entgehen sucht, verliert sein Wahlrecht: Wahlrecht und Wahlpflicht sind auf's Innigste verknüpft und gegenseitig bedingt.

Besonders seitdem im Römischen Recht die Realexecution zur Anerkennung gekommen ist, musste spätestens in der Executionsinstanz das Object der

Execution bestimmt sein. Soll der böswillige Schuldner die Vollstreckung unmöglich machen? In diesem letzten Momente müsste der säumige Schuldner sein Wahlrecht verlieren. So sehen wir auch, dass selbst diejenigen Juristen, die der mora die Wirkung der Wahlübertragung absprechen, in der Executionsinstanz das Wahlrecht des Schuldners auf den Gläubiger übergehen lassen. So namentlich Wächter*).

Ist dies aber auch für das Justinianeische Recht richtig? Ist es der Moment der Execution, in welchem der widerspenstige Schuldner sein Wahlrecht verliert? Und ist der Uebergang des Wahlrechts gerade das Mittel, durch welches die Individualisirung des Executionsobjects erzielt wird?

Soll der Schwebezustand der Alternative bis zur Execution fortdauern, so muss das Urtheil einen alternativen Inhalt haben dürfen. Darf es dies nach Justinianeischem Recht? Wir bezweifeln es. Das Urtheil soll Bestimmtheit und Gewissheit geben, nicht wieder Schwebezustände schaffen.

l. 35 de judiciis 5, 1.

Javolenus l. X epistularum.

Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse ... ita judicium in pendenti potest esse ...

---

*) Wächter Erörterungen Heft III, S. 117 ff.

Gegen die Zulässigkeit eines alternativen Urtheils spricht auch die Analogie der Grundsätze über die confessio.

l. 6 pr. und § 1 de confessis 42. 2.

Ulpianus l. V de omnibus tribunalibus.

Certum confessus pro judicato erit, incertum, non erit. § 1. Si quis incertum confiteatur, ... Stichum vel fundum dare se oportere, urgeri debet ut certum confiteatur.

Wir schliessen daraus: spätestens vor der Fällung des Urtheils muss die Alternative ein Ende genommen haben, der Leistungsgegenstand bestimmt worden sein.

Denselben Grundsatz müssen wir wohl auch für das klassische Recht annehmen. Auch die Geldcondemnation muss ja einen bestimmten Gegenstand zu Grunde legen, denn selbst dann, wenn der Geldwerth der alternativ geschuldeten Gegenstände approximativ ein gleicher ist, — geradezu nothwendig ist ja dies nicht, wenn es auch die Regel sein mag — kann doch das Interesse des Gläubigers an der Leistung des einen oder andern Gegenstands ein verschiedenes sein.

In judicio also muss die Alternative zur Entscheidung gebracht werden. Aber wie?

Wir glauben nun, dass, ähnlich wie bei den actiones arbitrariae, der Richter den Verklagten auf-

forderte innerhalb einer bestimmten Frist sein Wahlrecht auszuüben. Leistete der Schuldner dieser Aufforderung keine Folge, so musste die Wahl durch einen Anderen geschehen. Wer war aber dieser Andere? War es der judex oder der Gläubiger? Die Ausübung des Wahlrechts durch den Richter wäre ja an sich wohl denkbar. Für den Uebergang des Wahlrechts auf den Gläubiger spricht indess die in l. 11 § 1 de legatis II niedergelegte Anschauung:

Pomponius l. VI ex Plautio.

Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat; si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit, perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit.

Nur den Zeitpunkt der Wahl hat hier der Parteiwille gesetzt, nicht die Folgen der Versäumniss: diese sind hier vom objectiven Recht bestimmt. Daher ist diese Stelle wohl auch für den Fall anwendbar, wo die Wahlfrist durch den Richter gesetzt ist.

Für den Uebergang der Wahl spricht auch die Analogie des legatum alternativum per vindicationem. Hätte hier der Erblasser die Wahl dem Erben hinterassen, so müsste das Recht des Legatars geradezu unwirksam werden, wenn es einen Uebergang des

Wahlrechts nicht gäbe. Der Legatar hätte kein Rechtsmittel die Wahl zu erzwingen: mit der rei vindicatio könnte er dies Ziel nicht erreichen, denn diese selbst ist ja in ihrer Wirksamkeit durch vorausgegangene Wahl bedingt. — Hier müsste die mora unmittelbar den Uebergang des Wahlrechts bewirken

2. Wie ists aber, wenn es der Gläubiger ist, der seine Wahl nicht ausübt?

Wie wir bereits oben bemerkt, müsste dann der Richter dem Gläubiger eine Frist setzen, innerhalb welcher derselbe seine Wahl vorzunehmen hätte.

Welche Rechtsfolgen sollen aber eintreten, wenn der Gläubiger die ihm gesetzte Frist unbenutzt verstreichen lässt?

Mommsen will den Gläubiger seines Forderungsrechtes verlustig erklären und er beruft sich vom Standpunkte des rein positiven Rechts gewiss nicht mit Unrecht auf die Analogie von Stellen wie

l. 8 pr. de opt. v. elect. leg. 33. 5.

Pomponius libro VI ad Sabinum.

Si tibi electio servi, et mihi reliqui legati sint, decernendum est a Praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datum iri.

l. 6 eodem.

Pomponius libro VI ad Sabinum.

Mancipiorum electio legata est; ne venditio quandoque eligente legatario interpelletur, decernere debet

Praetor, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset, actionem legatorum ei non competere.

l. 13 § 1 eodem.

Paulus libro VIII ad Plautium.

Pomponius scribit, emptore hereditatis postulante, ut is, cui servi optio legata sit, optet, videndum esse, an Praetor, ut id faciat, cogere debeat legatarium, quemadmodum si heres institutus id postularet, quia potest per heredem id emptor consequi; et quare non possit, non video.

So plausibel die analoge Anwendung der in diesen Stellen vorgetragenen Grundsätze auf das legatum alternativum per vindicationem, dann auf das legatum alternativum per damnationem, dann weiter auf die obligatio alternativa überhaupt erscheinen mag, so darf wenigstens nicht vergessen werden, dass diese Grundsätze ursprünglich nur für die sogenannte optio legata bestimmt waren, eine Form des Legats, die selbst von dem einfachen legatum generis per vindicationem sich nicht unwesentlich unterschied, geschweige denn von dem legatum alternativum per damnationem und der obligatio alternativa überhaupt. Jedenfalls war in der optio legata die optio kein blosser Wahlact; Erwerb des Legats und Wahl des legirten Objects fielen zusammen: man wählt, indem man erwirbt, man erwirbt, indem man wählt. (Ich erinnere daran, dass das legatum optionis als ein durch

die optio bedingtes gedacht wurde, dass es erst mit geschehener optio vererblich wurde, dass die optio zum unmittelbaren Erwerb der legirten Sache führte l. 3 C. VI 43. Inst. II 20 § 23. l. 20 33 5). In der obligatio alternativa fallen Erwerb der Forderung und Wahl des Schuldobjects auseinander: der Wahlact ist nichts als Wahlact, er bestimmt nur den Inhalt des Forderungsrechts, die Existenz des Forderungsrechts selbst steht nicht mehr in Frage. Eine der optio gesetzte Präclusivfrist muss daher selbstverständlich den Erwerb des Legats unmöglich machen, eine für die Wahl bei der obligatio alternativa gesetzte Präclusivfrist kann nur den Verlust des Wahlrechts zur Folge haben.

Die Nichtausübung des Wahlrechts von Seiten des Gläubigers mit dem Verluste des Forderungsrechts bestrafen, heisst also die Bedeutung des Wahlrechts in der alternativen Obligation verkennen.

Es heisst aber auch der Natur der obligatio alternativa Gewalt anthun. In dieser soll es nur ungewiss sein, was, nicht ob geschuldet wird. Die Wahl ist nur eins der Mittel, welche die Alternative zur Entdung bringen sollen, sie ist nicht eine Bedingung, von deren Verwirklichung die Existenz der obligatio abhängt. Heisst es nun nicht willkürlich nicht bloss das quid, sondern auch das „an“ der obligatio unge-

wiss machen, indem man ihren Bestand an die Ausübung des gläubigerischen Wahlrechts knüpft?

Den in der Wahl säumigen Gläubiger seines Forderungsrechtes berauben, ist aber auch im höchsten Grade unbillig. Heisst es nicht, Schuldner und Gläubiger ganz ohne Grund mit ungleichem Maasse messen? Genügt es nicht in der Person des Gläubigers, ebenso wie in der Person des Schuldners, die mora eligendi mit dem Verluste der electio und dem Uebergange des Wahlrechts auf die Gegenpartei zu bestrafen?

Für unsere Ansicht spricht auch die Analogie der historischen Entwickelung der alternativen Obligation an anderen Punkten. Nahmen nicht beispielsweise frühere Juristen an, die alternative obligatio gehe unter, wenn die wahlberechtigten Gläubiger (vgl. § 8) sich über die Wahl nicht einigen konnten? Justinian erkannte die Ungerechtigkeit dieser Entscheidung an *), er sah ein, dass der alternative Wille zur Verwirklichung kommen müsse, wenn nicht durch Wahl, so doch durch ein anderes „adjutorium“ **). — Auch in dem uns hier beschäftigenden Falle müssen wir derjenigen Entscheidung den Vorzug geben, welche den Absichten der Parteien, also der Natur des Rechtsgeschäfts am angemessensten ist.

*) l. 3 § 1 C. Comm. de leg. VI, 43.

**) l. 3 § 3 eod. Dieser Stelle ist der Ausdruck „adjutorium“ entnommen.

§ 8.

IV. Wahl und Loos zusammen.

Es kann aber vorkommen, dass weder Zufall noch Vertrag die alternative Obligation concentrirt hat, noch Wahl sie concentriren kann. Der Fall, der hier in Betracht kommt, ist derjenige, wo mehrere wahlberechtigte Gläubiger vorhanden sind, die sich über die Wahl nicht einigen können. Soll nun die alternative Obligation wegen Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit des Inhalts untergehen, wie wenn ihre Existenz selbst, nicht blos ihr Inhalt von der Wahl abhängig gemacht worden wäre? So scheint die Entscheidung nach der Meinung der älteren Juristen gelautet zu haben, ähnlich wie in dem Falle, wenn die Wahl einem Dritten überlassen ist und dieser die Wahl nicht vornehmen kann oder will.

l. 25 § 17 fam. herc.

Paulus l. XXIII ad edictum.

Si incerto homine legato, et postea defuncto legatario, aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impedierit legatum, is qui impedit, hoc iudicio ceteris, quanti intererit eorum, damnabitur.

l. 3 C. § 1. Communia de legatis VI, 43.

Sed et si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario, sed quem Titius forte ele-

gerit, Titius autem vel noluerit eligere, vel morte fuerit praeventus, et in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit, utrumne legatum expiret, an aliquod ei inducatur adiutorium, ut viri boni arbitratu procedat electio.

Eine solche Entscheidnng widerspricht aber dem Wesen der alternativen obligatio, der Absicht der Parteien, die nur ein incertum quid, nicht ein incertum an statuiren wollten.

Soll diese Absicht der Parteien zur Verwirklichung gelangen, so muss das Recht ein neues Mittel gewähren, durch welches hier Bestimmtheit an Stelle von Unbestimmtheit gesetzt und die alternative obligatio aufrecht erhalten würde.

Ein solches Mittel gewährt Justinian in seiner c. 3 C. comm. de leg. VI, 43:

Si duobus vel tribus hominibus vel pluribus forte optio servi vel alterius rei fuerit relicta, vel si uni quidem legatario optio servi vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes, dubitabatur inter veteres, si inter legatarios vel heredes legatarii fuerit certatum, et alter alterum servum vel aliam rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque, in omnibus hujusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, et sortem inter altercantes adhibindam, ut, quem sors praetulerit, is quidem habeat potestatem

eligendi, ceteris autem aestimationem praestet contingentium eis partium.

Das Loos bestimmt den Wähler, es hätte eben so gut unmittelbar das Object bestimmen können.

Was hier im Falle einer Mehrheit von Gläubigern gilt, könnte wohl ebenso in dem Falle einer Mehrheit von Schuldnern zur Anwendung kommen. Nothwendig ist dies allerdings nicht — der Gläubiger hat ja seine Schadensersatzklage — eine Förderung der Realexecution wäre es aber wohl.

So haben denn auch einige neuere Gesetzgebungen sowohl bei einer Mehrheit von Gläubigern, als auch einer solchen von Schuldnern, für den Fall der Uneinigkeit derselben, die Entscheidung dem Loose überlassen. So das Sächsische Gesetzbuch (§ 2498) und das Gesetzbuch der Ostseeprovinzen (Art. 2252).

Andere Gesetzgebungen haben dem arbitrium judicis den Vorzug gegeben. So z. B. das Oesterreichische Gesetzbuch arg. Art. 659.

§ 9.

B. Wirkung der Entscheidung.

Wird die Entscheidung dadurch herbeigeführt, dass der eine der zwei Gegenstände der Alternative untergeht, oder die Wählbarkeit verliert, so sind die Folgen selbstverständlich: an die Stelle der Schwebe und Ungewissheit tritt Bestimmtheit und Gewissheit, die Alternative hat ihr Ziel gefunden und die Obli-

gation erscheint vereinfacht, concentrirt auf ein Object. Nur ein Object kann gefordert, nur ein Object ist's, das geleistet werden muss *).

l. 2 § 3 de eo quod certo loco 13. 4.

Ulpianus l. XXVII ad edictum.

Scaevola ait . . . . qui Stichum aut Pamphilum promittit . . . . ubi alter decesserit . . . . vivum . . . . solum debet.

l. 34 § 6 de contrah. empt. 18. 1.

Paulus l. XXXIII ad edict.

Si emtio ita facta fuerit: est mihi emtus Stichus aut Pamphilus . . . uno mortuo, qui superest dandus est.

l. 11 § 1 de legat. II.

Pomponius l. VII ex Plautio.

Stichum aut Pamphilum utrum heres meus volet Titio dato . . . . Si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter, qui supererit, in obligatione manebit.

l. 16 pr. de V. O. 45. 1.

Pomponius l. VI ad Sabinum.

Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter

*) Wir haben absichtlich diesen vorsichtigen Ausdruck gewählt, um der Controverse in Bezug auf das Recht der oblatio aestimationis — es ist eine sogenannte facultas alternativa — aus dem Wege zu gehen. Unserer Ansicht, die wir hier nicht näher ausführen mögen, hätte es entsprochen, zu schreiben: nur ein Object ist es, das gefordert, nur eines, das geleistet werden darf.

ex iis meus factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te.

Dieselben Folgen treten aber auch ein, wenn Vertrag oder Wahl — die letztere namentlich in den Fällen, in denen sie auch unabhängig von der Leistung bindend ist — die Entscheidung herbeiführen. Es entsteht nicht etwa bloss eine obligatorische Verpflichtung der wahlberechtigten Partei, die diese für den Wechsel in der Wahl verantwortlich macht; nein, Wechsel in der Wahl ist überhaupt nicht mehr möglich, Vertrag und Wahl wirken unmittelbar auf die alternative obligatio ein, die alternative obligatio tritt in ein neues Entwickelungsstadium, sie wird aus einer alternativen eine einfache.

l. 27 § 6 de pactis 2. 14.
Paulus l. III ad edictum.

Sed si stipulatus decem aut Stichum, de decem pactus sim ..... si id actum inter nos sit, ne decem mihi sed Stichus praestetur, possum efficaciter de Sticho agere nulla exceptione opponenda.

l. 4 de resc. vend. D. 18. 5.
Libro VIII Digest. Juliani Paulus notat.

Si emtio contracta sit, togae (puta) aut lancis, et pactus sit venditor, ne alterutrius emtio maneat, puto resolvi obligationem hujus rei nomine duntaxat.

l. 84 § 9 de leg. I
Julianus l. XXXIII Digest.

Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato; si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur; quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

Vgl. auch l. 11 § 1 de leg. II.

Von nun an, können wir im Sinne der einen der beiden herrschenden Theorieen sagen, hat die alternative obligatio ihr Object erhalten, von nun an ist es bestimmt, für welches Object der Schuldner einzustehen verpflichtet ist, für welches er im Falle der culpa verantwortlich ist, welches Object im Falle der mora perpetuirt wird. Jetzt entscheidet es sich, ob die novatio einer einfachen obligatio durch eine alternative, ob die fidejussio durch alternative obligatio für eine einfache und umgekehrt gültig ist oder nicht. Von nun an ist es bestimmt, ob und für welches Object eine actio redhibitoria angestellt werden darf. Ist einer der beiden Gegenstände der alternativen Obligation zum Gegenstande eines Legats gemacht, so kommt es jetzt zur Entscheidung, ob es wirksam ist, ob es überhaupt irgend einen Inhalt erhält. Sind beide Gegenstände der Alternative zu Gegenständen von Legaten gemacht, so entscheidet sich's jetzt, welches Legat unmittelbar, welches quoad aestimatio-

nem wirksam wird. Von jetzt ab kann die alternative Obligation zur Compensation sich eignen. Da wo dingliche Gebundenheit die persönliche Gebundenheit verstärkt, wie bei der Verpflichtung des Ehemanns den fundus dotalis wiederzuerstatten, entscheidet es sich jetzt, welches Object allein der lex Julia unterworfen sein soll.

Im Sinne der Resolutivtheorie müssten wir allerdings den Folgen, welche die Entscheidung der Alternative nach sich zieht, einen andern Ausdruck leihen.

Von nun an scheidet, im Sinne dieser Theorie gesprochen, das eine der Obligationsobjecte aus. Es erlischt hiermit in Bezug auf dasselbe die Haftpflicht und die Verantwortlichkeit des Schuldners. Es erlischt die in Bezug auf das ausscheidende Object schon entstandene actio redhibitoria. Das Legat der aus der obligatio ausscheidenden Sache, ursprünglich gültig, fällt jetzt zusammen, resp. verwandelt sich in ein legatum aestimationis. Der ausscheidende fundus dotalis wird erst jetzt von dem Bande der lex Julia dotalis frei. Novation einer einfachen obligatio durch eine alternative, sowie alternative fidejussio für eine einfache obligatio und umgekehrt, einmal ungültig, leben nicht wieder auf.

Die Entscheidung soll aber nicht blos ex nunc wirken: sie wird retrotrahirt.

Im Geiste der einen Theorie muss es von nun

an-so gehalten werden, wie wenn das gewählte Object ursprünglich und von Haus aus das einzige Object der alternativen obligatio gewesen wäre.

Den drastischsten Ausdruck dieser Theorie finden wir in

l. 95 pr. de sol. et lib. 46. 3
Papinianus l. XXVIII Quaest.

Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? Altero mortuo qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit, tunc enim perinde solus ille, qui decessit, praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset.

Diese Theorie motivirt die Verantwortlichkeit des Schuldners in der Zeit der Objectlosigkeit der obligatio, sie rechtfertigt ebenso die Verantwortlichkeit des Schuldners für die Accessionen des Schuldobjects während dieser Zeit und giebt dieser Verantwortlichkeit Maass und Ziel.

Im Sinne der resolutiven Theorie ist die Bedeutung der Rückziehung eine ganz andere: das ausscheidende Object scheidet so aus, wie wenn es nie in obligatione gewesen wäre.

Eine besonders bezeichnende Stelle finden wir in den Quellen für diese resolutive Rückziehung nicht. Am prägnantesten ist noch die oben angeführte Entscheidung von Celsus über die Condiction von Theilleistungen:

l. 26 § 13 de cond. indeb. 12. 6
Ulp. l. XXVI ad edictum.

Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere? Quaestio ex hoc descendit, an liberor in quinque, nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus libro VI et Marcellus libro XX Digestorum scripsit, non perimi partem dimidiam obligationis, ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum, et si praestiterit residua quinque, videri eum et in priora debita solvisse; si autem Stichum praestitisset quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit priora quinque utrum debita an indebita solverentur.

Was die suspensive Theorie durch die Retroraction in ihrem Sinne zu erreichen sucht, ist in der resolutiven Theorie schon von selbst gegeben: denn die resolutive Theorie kennt kein leeres objectloses Stadium. Die resolutive Theorie laborirt aber an einem anderen Fehler: sie giebt der alternativen obligatio der Objecte zu viele. Und sie muss sich dieses Zuviel auf die radicalste Weise entledigen. Ist die Entscheidung durch Untergang des einen Objects herbeigeführt, so mag sich die Nothwendigkeit der

Retrotraction weniger aufdrängen. Anders, wenn Vertrag oder Wahl die Obligation vereinfacht haben.

Was ist, fragt man, aus der Obligation auf das ausgeschiedene Object geworden? Wie kommt es, dass diese Obligation erloschen, ohne dass Erfüllung erfolgt wäre, ohne dass Erfüllung durch Zufall unmöglich, durch Erlass überflüssig geworden wäre? überhaupt ohne dass einer der Gründe eingetreten wäre, die eine Obligation zum Erlöschen bringen? Die resolutive Retrotraction entzieht diesen Fragen Grund und Boden.

Capitel IV.

Unsere eigene Construction.

§ 1.

Parallele der beiden herrschenden Theorieen.

Welcher Theorie werden wir nun den Vorzug geben? Die Römischen Juristen scheinen über diese Frage eben so wenig einig zu sein, wie wir heutzutage. Laut tönen uns aus dem corpus juris ihre Controversen entgegen. Gewiss wären wir auch dann an die Meinungen unserer Römischen Vorgänger nicht gebunden, wenn dieselben in der Construction der alternativen Obligation einig gewesen wären. Ihr Streit macht uns vollends frei.

Leider gewähren uns unsere Quellen nicht die Möglichkeit, die Ansichten auch nur der bedeutendsten Juristen genau in ihrem Zusammenhange festzustellen. Auf eine Dogmengeschichte der alternativen Obligation nach Zeit und Schule wird man wohl zur Zeit und vielleicht für immer verzichten müssen. Nur die Hauptgegensätze der zwei Theorieen in ihren Hauptvertretern lassen sich mit Sicherheit nachweisen.

Die Meinungen der verschiedenen Juristen haben wir bereits bei Gelegenheit der einzelnen Fragen jedesmal an der betreffenden Stelle näher angeführt. Besonders charakteristisch zeigt sich der Gegensatz der zwei Haupttheorieen in der Lehre von der condictio indebiti, in den Fragen, die uns in der Lehre vom Irrthum bei der Wahl aufgestossen sind. Hat der Schuldner ein Rückforderungsrecht, wenn er ohne Ahnung von der ihm zustehenden Alternative, den vermeintlich pure geschuldeten Gegenstand dem Gläubiger geleistet hat? Wer hat das Wahlrecht, der frühere Schuldner, oder der frühere Gläubiger, wenn der alternativ Verpflichtete irrthümlich beide Gegenstände geleistet und nun den einen derselben zurückerstattet haben will? Von welchem Momente an steht dem Schuldner die Condiction der Theilleistung zu, sofort vom Augenblicke der Leistung an, oder erst nachdem der andere Gegenstand voll geleistet ist? Das sind die Fragen, in deren Beantwortung die beiden

Haupttheoricen weit auseinandergingen und in dem Gegensatze ihrer Consequenzen sich höchst charakteristisch gegenübertraten. Um so bedeutsamer für die Parteistellung der Römischen Juristen ist daher ihre Stellung zu diesen Fragen.

Und gerade an dieser Stelle sehen wir Celsus, Marcellus und Ulpian als Vertreter der resolutiven Pendenztheorie erscheinen: Celsus und Marcellus verweigern dem Schuldner die condictio indebiti, wenn er in dem irrigen Glauben pure verpflichtet zu sein, geleistet; dem früheren Gläubiger gewähren Celsus, Marcellus und Ulpian das Wahlrecht, wenn der Schuldner den einen der zwei Gegenstände zurückfordert, die er geleistet, in dem Irrthum cumulativ verpflichtet zu sein; die Condiction der Theilleistung gestatten sie erst, nach vollständiger Leistung des anderen Gegenstandes der Alternative. —

Die entgegengesetzten Entscheidungen finden wir bei Julian, Papinian und Paulus: sie können als Repräsentanten der suspensiven Pendenztheorie gelten.

Auch haben wir gerade Celsus und Marcellus den prägnantesten Ausdruck für die Resolutiv-, Papinian den prägnantesten Ausdruck für die Suspensivtheorie entlehnt.

In den oben besprochenen Fragen über Novation, fidejussio, Einfluss der lex Julia dotalis scheint diese Parteigruppirung sich zu bestätigen. Celsus,

Marcellus und Ulpian halten die Novation einer einfachen obligatio durch eine alternative für unmöglich. Eine alternative fidejussio für eine einfache obligatio und umgekehrt ist in den Augen von Marcellus unzulässig. Paulus lässt dagegen das von der lex Julia dotalis zu ergreifende Object ebenso hin- und her schwanken, wie das Object der alternativen Obligation.

In der Frage von dem Einfluss der lex Julia dotalis auf eine alternative dos zeigt sich uns übrigens auch African als ein Anhänger der Theorie der suspensiven Pendenz.

Inconsequent erscheint uns Paulus nur bei der Beantwortung der Frage, nach welchem Momente die Wahlfähigkeit des Objects beurtheilt werden soll: er legt den Moment der Begründung der Obligation zu Grunde. Kann übrigens volle Consequenz überhaupt erwartet werden in einer Lehre, die, wie die von der Alternative und alternativen Obligation, noch so wenig klar und sicher und ihres innersten Princips bewusst ist?*)

*) Man hält oft Ulpian für den Vertreter einer vermittelnden Theorie, nach welcher der Inhalt der obligatio alternativa unbestimmt sein soll, wenn das Wahlrecht dem Schuldner zusteht, dagegen utrumque in obligatione sei, wenn der Gläubiger Wähler ist. Man beruft sich auf

l. 75 § 8 de V. O. 45. 1.

Ulpianus l. XXII ad edictum.

Qui illud aut illud stipulatur, veluti decem vel hominem Stichum, utrum certum an incertum deducat in obligationem, non im-

In den Fragen über die condictio indebiti stellt sich Justinian in seiner l. 10 C. de condict. indeb. 4. 5. auf die Seite von Julian und Papinian. Es ist also die suspensive Pendenztheorie, die vielleicht als die Kaiserlich approbirte gelten darf.

Welcher Theorie werden wir den Vorzug geben?

Die Theorie der Unbestimmtheit des Objects, die suspensive Pendenztheorie, wie wir sie genannt haben, ist unzweifelhaft diejenige, die der Natur des alternativen Willens, der Alternativität am besten entspricht: sie giebt dem ungewissen Schwanken zwischen den verschiedenen Objecten einen adäquaten Ausdruck. Die resolutive Theorie scheint dagegen in ihrer Formulirung den Gegensatz von disjunctio und conjunctio fast gänzlich zu ignoriren, ja zu verwischen.

---

merito quaeritur: nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. Sed utcunque is, qui sibi electionem constituit adjectis his verbis, utrum ego velim, potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere: qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur.

Welche Bedeutung hat dieser Ausspruch den oben angeführten Entscheidungen gegenüber, in welchen Ulpian auch im Fall des Wahlrechts des Schuldners die Consequenzen der Lehre vom utrumque in obligatione zieht? Zeigt uns auch diese Stelle nur das unsichere Schwanken der Jurisprudenz in unserer Lehre? oder ist ihre Bedeutung wesentlich auf die Frage von Bestimmtheit und Unbestimmtheit der actio zu beschränken?

Ist diese letztere Theorie nicht aber dennoch practisch die vorzüglichere?

In einer langen Reihe von Fragen haben wir die beiden Theorieen in ihrem Gegensatz an uns vorüberziehen lassen und gegeneinander gehalten. Hier schien die eine, dort die andere dem Rechtszweck besser zu dienen. In einer hochwichtigen Lehre, in der Lehre vom Einfluss der culpa, schien allerdings die Resolutivtheorie zu gerechteren Resultaten zu führen, als die Suspensivtheorie. Ebenso in der Lehre von dem Einfluss der lex Julia dotalis auf eine alternative Dotalobligation. Es muss als zweifelhaft erscheinen, ob auch die Retrotraction ausreichen würde, die Mängel der Suspensivtheorie zu decken. Entschiedene Vorzüge zeigt dagegen die Suspensivtheorie in der Lehre von der condictio indebiti und in der Lehre von der mora. In den Fragen, die uns in der Lehre von der Novation und fidejussio begegnet sind, ist sie der Verwirklichung der Parteiabsichten günstiger als die Resolutivtheorie.

Beide Theorieen haben ihre Licht- und ihre Schattenseiten. Sind darum beide zu verwerfen, um einer neuen dritten Platz zu machen, die die Vorzüge der Vorgängerinnen vereinigte, ohne ihre Fehler zu theilen?

Wir glauben kaum. Unsrer Ansicht nach ist die Theorie, die das Object der alternativen Obligation

als unbestimmt anerkennt, wohl im Stande, jeden begründeten Rechtszweck in ihrem Herrschaftsbereich zur Verwirklichung zu bringen. Es bedarf hiezu nicht mal der Zuhülfenahme der Retrotraction. Nur eins ist erforderlich: eine tiefere Erkenntniss der juristischen Natur und Bedeutung des Schwebezustandes.

§ 2.

Der alternative Wille.

Es ist ein eigenthümlicher Zustand der Schwebe und Ungewissheit, den wir in der alternativen Obligation constatirt haben, ein Zustand der Schwebe, der ein Ziel finden muss, der zu einer Entscheidung mit Nothwendigkeit hindrängt.

Auch die Art dieser nothwendigen Entscheidung haben wir kennen gelernt.

Was ist aber der wahre Grund dieses Zustandes der Schwebe? Wie kommt's, dass so verschiedenartige Entscheidungen, und nicht blos die durch Wahl, möglich sind? Was ist's, das die Entscheidung und hiermit die Concentration der Obligation auf ein Object zur juristischen Nothwendigkeit erhebt?

Man hat früher versucht die Erscheinungen der alternativen Obligation aus der Lehre von den Bedingungen zu erklären, — die Versuchung lag sehr nahe, und wir werden auf die hier in Betracht kommenden Analogieen noch zurückkommen; — diese

Lehre ist indess als unzutreffend schon längst erkannt worden. Immerhin hatte diese Theorie einen grossen Vorzug: sie versuchte es wenigstens, gewisse Phänomene der alternativen Obligation zu erklären, — wenn sie auch nothwendigerweise vieles unerklärt lassen musste. Sie führte die räthselhaften Erscheinungen auf die Wirkung eines bereits bekannten Rechtselements, der Bedingung, und hiermit auch auf den Parteiwillen zurück.

Auf den Parteiwillen müssen auch wir zurückgehen. Aus der Eigenart des Partheiwillens heraus müssen wir die alternative Obligation zu erklären versuchen. Der Wille aber, welcher der Obligation ihren alternativen Inhalt gegeben hat, ist ein alternativer Wille: ein Wille weniger bestimmt, doch nicht weniger entschieden als ein einfacher Wille; ein Wille, dem mehrere Erfolge gleich willkommen sind, der aber auch schon in einem und nur in einem seine Verwirklichung findet und finden muss.

Daher in der alternativen Obligation jener Zustand ungewissen Schwankens zwischen verschiedenen Objecten;

daher auch die Nothwendigkeit der Entscheidung, die unausbleibliche Lösung der Ungewissheit;

daher die Möglichkeit der Entscheidung auch durch andre Thatsachen, als durch Wahl.

Denn die Alternative lässt wohl unbestimmt und

ungewiss, was Gegenstand der alternativen Obligation werden soll, dass aber die Obligation einen Inhalt erhalten muss, steht ausser Zweifel: ungewiss ist nur das quid, nicht das „an“ der Obligation.

Der alternative Wille schafft ein imperfectes Rechtsverhältniss, das aber perfect werden muss: dem imperfecten Rechtsverhältniss ist die Nothwendigkeit der Perfection anerschaffen.

Von einem unbestimmten Ereigniss scheint die Fixirung des Inhalts abhängig gemacht, — das ist's, was zur Einführung der conditio in die Lehre von der alternativen Obligation stets verlockt hat; — die Fixirung des Inhalts kann aber auch erzwungen werden, — und das ist's, was an den modus erinnert.

„Die conditio suspendirt, zwingt aber nicht“, sagt Savigny, „der modus zwingt, suspendirt aber nicht“. Der alternative Wille, können wir sagen, suspendirt und zwingt.

Eine eigenthümliche Willensrichtung hat bereits Paulus in der Alternative erkannt und dieselbe namentlich mit Bedingung und Betagung parallelisirt. Er bezeichnet die Alternative als modus und denkt sich dieselbe offenbar als eine Art innerer Willensschranke: den alternativen Willen denkt er sich also als einen beschränkten im Gegensatze zum Willen, der etwas pure, schlechtweg will, und sich's daher nicht gefallen

lässt, seinen eigenen unmittelbaren Inhalt eventuell durch einen andern ersetzt zu sehen.

l. 44 pr. und § 3 de obl. et act (44. 7)

Paulus l. LXXIV ad edict. praetoris.

Obligationum fere quatuor causae sunt: aut enim dies in his est, aut conditio, aut modus, aut accessio....

§ 3. Modus obligationis est, quum stipulamur decem, aut hominem; nam alterius solutio totam obligationem interimit, nec alter peti potest; utique quamdiu utrumque est.

§ 3.

Natur des Schwebeverhältnisses. Entbehrlichkeit der Rückziehung.

In der Alternative ist es ungewiss, ob nicht an Stelle des „a“ das „b“, an Stelle des „b“ das „a“ als Object der Obligation treten wird. Der alternative Wille, die Alternative, schafft eine gleichmässige Ungewissheit zweier entgegengesetzter Rechtsverhältnisse. Diese Ungewissheit ist's, wie wir gesehn, die mit der Verantwortlichkeit des Schuldners die Sicherheit der Obligation selbst zu gefährden schien, und die jene Construction erzeugte, die die suspensive Alternative durch die resolutive zu ersetzen suchte: es sollte ungewiss sein, nicht was Object der Obligation wird, sondern was Object der Obligation bleibt; daher auch so viele Glieder der Alternative, so viele bestimmte Objecte der Obligation.

Die hier hervorbrechende Neigung, ein unbestimmtes Verhältniss, selbst auf Kosten seiner Natur, zu reguliren, eine gegebene Unbestimmtheit in eine grössere oder geringere Anzahl Bestimmtheiten aufzulösen, ist indess nicht bloss auf das Gebiet der alternativen Obligation beschränkt. Es ist vielleicht eine elementare Neigung des juristischen Geistes, überall wirksam, wo eine Unbestimmtheit ihre Wirksamkeit herausfordert.

Finden wir nicht in der Lehre von der obligatio generis ähnliche Gegensätze, wie in der Lehre von der alternativen Obligation? Steht nicht auch dort der Theorie von der Unbestimmheit des Obligationsinhalts eine andre gegenüber, welche eben so viele Objecte der obligatio annimmt, als das betreffende genus Individuen umfasst?*) Ist nicht an dieser Stelle auch an die theoretischen Gegensätze in der Lehre von der hereditas jacens, dem Erwerb des Eigenthums am foetus einer in fremdem Niessbrauch befindlichen Heerde, dem Erwerb des Legats etc. zu erinnern?

Es ist nicht unmöglich, dass in der einen oder andern Lehre die juristische Zweckmässigkeit uns bestimmt, derjenigen Theorie den Vorzug zu geben, die Bestimmtheit an Stelle der Unbestimmheit zu setzen verspricht. In der Lehre von der alternativen

*) l. 66 § 3 de leg. II (Papin.) hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet.

Obligation hoffen wir jede Construction entbehren zu können, die der Natur der Dinge Gewalt anthut.

Ist es denn überhaupt nothwendig, mit dem Grundsatz von der Unbestimmtheit des Inhalts der alternativen Obligation den Grundsatz von der Rückwirkung der Entscheidung zu verbinden? Kann denn, wenn wir den Inhalt der alternativen Obligation einmal für unbestimmt erklärt haben, nur die Rückwirkung und diese allein dem eventuellen Obligationsinhalt durch die Periode der Ungewissheit hindurch ein sicheres Geleite geben?

Die Rückwirkung ist hier ebensowenig logisch nothwendig, wie auf dem Gebiete der Bedingung. Die disjunctive obligatio ist kein disjunctives Urtheil, und die Entscheidung ist ein Rechtsact oder eine rechtliche Thatsache, die den einen oder andern Gegenstand zum Object der Obligation macht, nicht ein Erkenntnissact der das Vorhandene constatirt.

Ist die Rückwirkung juristisch nothwendig? ist sie auch nur ausreichend für die Zwecke, denen sie dienen soll?

Aus welchen Gründen sollte sie aber juristisch nothwendig sein?

Eben so wenig, wie der Gedanke einer logischen Lösung der Ungewissheit, wäre ausschlaggebend für die Retrotraction der Gedanke, dass die Entscheidung der Obligation nur den bei der Begründung derselben

im Voraus approbirten Inhalt giebt. Es läge hier gewissermassen eine umgekehrte ratihabitio vor. Folgt denn hieraus nothwendig die Retrotraction der Entscheidung, nicht eher die Protraction des früher erklärten Willens? Es wäre ja eben eine umgekehrte ratihabitio! — und eine umgekehrte ratihabitio ist eben keine. Geschieht eine Thatsache auf Grund einer früher abgegebenen Willenserklärung, — man denke an das Mandat, — so ist es wohl ebenso gut, wie wenn die Willenserklärung in demselben Momente erfolgte, wie jene Thatsache sich verwirklicht, — es genügt eben, dass jene Thatsache ihre juristische Inspiration von dem früher erklärten Willen erhält; — nicht aber muss nothwendig die Verwirklichung jener Thatsache, oder auch nur ihre Wirksamkeit, auf den Moment zurückbezogen werden, in welchem die Willenserklärung abgegeben wurde.

Ebensowenig spricht für die Retrotraction der Gedanke, dass die Entscheidung ohne Rücksicht auf Zeit gedacht, ein Aufschub des Rechtserfolgs nicht beabsichtigt sei. Wir wollen hier ganz davon absehen, dass, soweit die Entscheidung einen eventuellen Act oder ein eventuelles Ereigniss voraussetzt, ein gewisser Aufschub nothwendig beabsichtigt zu sein scheint — tacite in ea tempus continetur, sagt Paulus von der generis obligatio,*) und das gilt gewiss auch von der alternativen Obligation; jedenfalls würde das hier be-

*) l. 83 § 5 de V. O. 45. 1.

sprochene Argument die Retrotraction doch nur für diejenigen Fälle motiviren, in denen für den Wahlact nicht eine bestimmte Frist gesetzt ist. Ist für die Wahl ein Vollzugstermin bestimmt, so muss die Retrotraction als ausgeschlossen gelten. Was kann aber dann die Sicherheit des obligatorischen Inhalts von dem Augenblicke der Entstehung der obligatio bis zum Wahltermin garantiren?

Die Retrotraction ist also ein kraftloser Geleitschein, der seine Dienste gerade da versagt, wo die Gefahr am grössten ist, die Periode der Ungewissheit am längsten dauert. Gelingt es uns in diesem Falle ohne Retrotraction auszukommen, so können wir dieselbe in dem Falle, wo kein Wahltermin gesetzt ist, erst recht entbehren.

Und warum sollte uns dies nicht gelingen? Kann man auf dem Gebiete der Bedingung, wo nicht etwa bloss der Inhalt, sondern die Existenz der obligatio in Frage steht, die Rückwirkung bequem missen, so können wir es hier gewiss. Die Gebundenheit des Parteiwillens reicht hier ebenso zur Sicherung des imperfecten Rechtsverhältnisses aus, wie auf dem Gebiete der Bedingung, wie in so vielen anderen Fällen, wo ein noch nicht perfectes, vielleicht kaum in den Anfängen vorhandenes, aber in Aussicht stehendes Rechtsverhältniss des Rechtsschutzes im Voraus theilhaftig werden soll.

Ist auch weder der eine noch der andere Gegenstand der Alternative Object der Obligation zu nennen, so steht doch weder der eine noch der andere so fremd zur obligatio, wie irgend ein beliebiger dritter Gegenstand, der in dem Vertrage gar nicht bezeichnet worden wäre. Multum enim interest, können wir im Anschluss an eine Stelle des corpus juris allgemein sagen, contineatur ipsa stipulatione res, an extra obligationem sit. *) Der eine Gegenstand der Alternative kann ebenso Object der obligatio werden, wie der andere. Diese Möglichkeit ist durch den Parteiwillen gesetzt, durch den Parteiwillen ist diese Aussicht eröffnet worden, die die Sicherheit des Gläubigers erhöhen soll, und um diese Aussicht, um diese spes darf der Gläubiger nicht gebracht werden. Das Vertrauen, der wahre Grund der obligatorischen Verpflichtung überhaupt, verlangt es, dass der Schuldner nichts thue, was diese Aussicht schädigen könnte.

Von dem Augenblick der Begründung der alternativen Obligation tritt eine Gebundenheit des schuldnerischen Willens in Bezug auf beide alternativ versprochene Gegenstände ein. Im Ihering'schen Sinne eine passive Wirkung des eventuellen Rechts auf eins der in Aussicht gestellten Objecte, erscheint diese Gebundenheit als Mittel zur Verwirklichung des künf-

*) l. 5 § 2 qui et a quibus 40. 9 Julianus l. LXIV. Digestorum.

tigen Zwecks, der eventuellen Möglichkeit den einen oder anderen Gegenstand zum Object der Obligation zu machen. Zweck und Mittel haben aber beide ihren tiefern Grund in dem Parteiwillen und dessen, durch das Vertrauensprincip motivirten, Gebundenheit.

Unsere Auseinandersetzungen betreffen aber blos die Rückziehung in Anwendung auf die suspensive Alternative. Die resolutive Alternative erfordert als unerlässliche Ergänzung die Rückziehung, kraft welcher der ausscheidende Gegenstand so angesehen werden muss, als wäre er nie Object der Obligation gewesen: wie wäre sonst das Erlöschen der Schuld ohne positiven Erlöschungsgrund zu motiviren? Wir müssten denn die Entscheidung der Alternative als einen Erlöschungsgrund der Obligation anerkennen und als solchen in die Theorie von der Obligation einführen.

Jedenfalls finden wir in unsern Quellen, wie wir bereits oben gesehen, den Gedanken der Retrotraction in Verbindung mit beiden Theorieen, sowohl der suspensiven als der resolutiven Alternative. Ob der Gedanke der Retrotraction allgemein anerkannt war, ob er auch Gegner hatte, lässt sich bei dem Stande unserer Quellen schwer feststellen.

In manchen Aussprüchen unserer Quellen deutet

der Ausdruck allerdings darauf hin, dass die Retrotraction mit der suspensiven Pendenz nicht nothwendig verbunden erschien.

l. 112. pr. de V. O. 45. 1.

Pomponius l. XV ad Quint. Mucium.

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit petet, et is erit solus in obligatione.

l. 46 § 1 de J. D. 23. 3.

Julianus l. XVI Digestor.

Si debitori suo mulier nuptura ita dotem promisisset: quod mihi debes aut fundus Sempronianus doti tibi erit, utrum mulier volet in dote erit.

Vgl. dagegen

l. 9 § 1 de fundo dot. 23. 5.

Africanus l. VIII Quaest.

Quodsi ei promittat, qui fundum aut decem debuit, in arbitrio esse mariti, quod in dote sit.

Es scheint, dass die römischen Juristen, soweit sie die Retrotraction in Verbindung mit der suspensiven Pendenz acceptirten, hier wesentlich mit durch die Analogie des Erkenntnissacts sich bestimmen liessen, durch den constatirt wird, welches von den disjunctiv aufgeführten Prädicaten dem Subject eigentlich zukommt. Ich erinnere an das Stück stoischer Logik, das in der l. 124 de V. S. 50. 16. in das corpus juris

aufgenommen worden ist *) und an den Satz: quaedam sunt, in quibus res dubia est sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum sit. **)

So geistreich nun solche Analogieen auch sein mögen, so lehrreich und bedeutsam sie für die innere Symmetrie des menschlichen Geistes sind, die wesentliche Verschiedenheit der Functionen desselben darf darüber nicht vergessen werden.

Die Leibnitz-Fitting'sche Theorie der Bedingungen fehlt durch eine ähnliche Identificirung von Willens- und Erkenntnissacten.

§ 4.

Alternative und Bedingung.

Die Retrotraction ist ein schon in den Römischen Rechtsquellen ausdrücklich ausgesprochener Gedanke.

---

*) l. 124 de V. S.
Proculus l. II. epistolarum.
Haec verba: ille, aut ille, non solum disiunctivae, sed etiam subdisiunctivae orationis sunt. Disiunctivum est, veluti quum dicimus: aut dies, aut nox est, quorum posito altero necesse est, tolli alterum; item sublato altero poni alterum . . . . Subdisiunctivi autem genera sunt duo: unum, quum ex propositis finibus ita non potest uterque esse, ut possit neuter esse, veluti quum dicimus: aut sedet, aut ambulat; nam ut nemo potest utrumque simul facere, ita aliquis potest neutrum, veluti is, qui accumbit. Alterius generis est, quum ex propositis finibus ita non potest neuter esse, ut possit utrumque esse, veluti quum dicimus: omne animal aut facit, aut patitur; nullum est enim, quod nec faciat, nec patiatur; at potest simul et facere, et pati.

**) l. 15 D. de R. D. 34. 5. Marcianno l. II. regularum.

Ob dagegen die Römischen Juristen den Versuch gemacht, die Phänomene der alternativen Obligation aus der Lehre von der conditio zu erklären, ist nicht mit Deutlichkeit zu erkennen*).

Dagegen hat von den neueren Juristen unter anderen Gothofred die alternative Obligation ausdrücklich für eine bedingte erklärt**).

Diese Theorie ist um so verführerischer, als die Analogieen zwischen der Alternative und der Bedingung sehr zahlreich sind.

Lässt sich nicht die Alternative wie eine wahre Nebenbestimmung im Sinne Scheurl's denken, organisch und unlöslich verknüpft mit dem Hauptinhalt des Rechtsgeschäfts? Lässt sich nicht auch ihr Inhalt als sogen. ursprüngliche Selbstbeschränkung des Willens deuten? (Siehe oben p. 94 in f.) Ist das Motiv der Alternative nicht auch ein providentielles Eingreifen in die Zukunft? Ist nicht auch in der alternativen Obligation die Entstehung resp. der Bestand

---

*) In Bezug auf die optio sive electio legata sagt Gaius: quodammodo singuli sub conditione legati videntur. l. 3 qui et a quibus 40. 9.

So nahe verwandt das legatum alternativum und das legatum optionis auch sein mögen, so verhindern uns gerade sehr wesentliche Verschiedenheiten dieser beiden Institute die Worte des Gaius auf das legatum alternativum anzuwenden.

**) D. Gothofredus ad l. 16 de V. S.

einer Rechtswirkung abhängig gemacht von einer ungewissen Thatsache? Liegt nicht bis zum Eintritt dieser Thatsache ein blosser Schwebezustand, ein Zustand blosser Möglichkeit vor? Tritt nicht die entstandene Rechtswirkung von selbst ein und wirkt sie nicht, wie angenommen wird, nach Art entschiedener Bedingungen auch zurück?

Auch manche specielle Entscheidungen in der Lehre von der alternativen Obligation lassen sich mit dieser Theorie wohl in Einklang bringen.

Doch trotz aller dieser Analogieen ist diese Theorie unhaltbar.

Was ihr vor allen Dingen den Todesstoss versetzt, das ist, dass in der alternativen Obligation die Entscheidung selbst zur juristischen Nothwendigkeit erhoben worden ist. Ante conditionem non recte agitur, heisst es in der Lehre von den Bedingungen; — „si sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur“ erklärt die l. 41 pr. de C. E. 18. 1; — bei der alternativen Obligation dagegen giebt es, wenn die Wahl dem Schuldner gehört, geradezu eine Klage auf Vornahme der Wahl.

Daher trägt auch der Verkäufer und nicht der Käufer das periculum deteriorationis*).

---

*) l. 33 § 1 de sol. et lib. 46. 3.

Daher der unmittelbare Erwerb des legatum alternativum als eines unbedingten:

L. 19 de opt. vel elect. leg. 33. 5.

Paulus lib. III. Sententiarum.

Illud aut illud, utrum elegerit legatarius; nullo a legatario electo, decedente eo post diem legati cedentem, ad heredem transmitti placuit.

Daher die eventuelle Schadensersatzpflicht, wenn einer der zwei Gegenstände culpa des Schuldners untergeht: der Fall wird nicht als Deficienz der conditio für diesen Gegenstand gefasst.

Daher auch die höchst charakteristische Thatsache, dass das, auf einen der Gegenstände der Alternative gerichtete, constitutum dem Schwebezustand ein Ende macht. Wäre die alternative Obligation ein Complex von bedingten Obligationen, so würde das constitutum selbst mit in den Schwebezustand versetzt werden.

l. 25 pr. de pec. const. 13. 5.

Papinianus l. VIII Quaestionum.

Illud aut illud debuit et constituit alterum; an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est. Dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere.

Vgl. dagegen l. 19 pr. eod. tit.

Paulus l. XXIX ad edictum.

Id quod sub conditione debetur, sive pure sive certo

die constituatur, eadem conditione suspenditur ut existente conditione teneatur, deficiente utraque actio depereat.

Ebenso falsch wäre es aber eine conditio juris in die alternative Obligation einzuführen, wie eine conditio facti.

Nicht blos darum, weil die Erzwingbarkeit der Entscheidung mit dem Wesen auch der conditio juris in Widerspruch stehen würde, sondern weil hier überhaupt von keiner conditio juris die Rede sein kann.

Es handelt sich hier nicht um eine Bedingtheit durch die Gesetze der äusseren Natur, in welche die Verwirklichung des Rechts fällt, oder durch die von aussen gegebene Welt des Rechts oder der Rechte. Jene bewusste Verknüpfung gewisser Rechtswirkungen mit gewissen in ihrem Ausfall ungewissen Thatsachen, und alternativer Inhalt des Rechtsgeschäfts sind identisch. In der Statuirung jener Abhängigkeiten besteht der ausdrückliche Inhalt des Rechtsgeschäfts. Wenn überhaupt, so könnte also nur von conditio facti die Rede sein.

Capitel V.

Schluss.

Wird denn der alternative Wille nur auf dem Gebiete des Obligationenrechts in dieser Weise wirksam? Ueberschauen wir das Rechtsgebiet, so finden wir den alternativen Willen in einer Unzahl der verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte. Durch Legat werden alternativ begründet: Eigenthum an verschiedenen Sachen *), Servitut und Eigenthum **), Servitut und Forderungsrecht ***), Eigenthum und Forderungs-

*) l. 9 pr. de opt. vel elect. leg. 33. 5.
Julianus lib. 32 Digestorum.
Cum ita legatur, Titio Stichum do lego, si Pamphilum non elegerit: simile est, atque si ita legatum fuisset, Titio Stichum aut Pamphilum, utrum eorum volet, do lego.

**) l. 23 de leg. II
Marcellus l. XIII. Dig.
Lucio Titio fundum Sejanum vel usum fructum fundi Sejani lego: potest legatarius vel fundum vindicare vel fructum; quod facere non potest is, cui tantum fundus legatus est. Vgl. dazu l. 10 (33. 2).

***) l. 14 pr. quando dies legatorum 36. 2.
Ulpianus libro XXIV ad Sabinum
Si usus fructus, aut decem, utrum legatarius voluerit, sint legata, utrumque spectandum, et mortem testatoris, (et) aditionem hereditatis, mortem propter decem, aditionem propter usum fructum . . . .

recht*). Nicht schwer ist's sich eine alternative Eigenthumsübertragung auch inter vivos vorzustellen. Die dotis dictio giebt uns das Beispiel einer Alternative von Forderung und liberatio**). — Auch mannigfaltigen Formen der alternativa personarum begegnen wir in unseren Quellen***).

---

*) l. 8 § 2 de leg. I.
Pomponias l. II ad Sabinum.

Si ita legatum sit, lecticarios octo, aut pro his in homines singulos certam pecuniam, utrum legatarius volet: non potest legatarius partem servorum vindicare, pro parte nummos petere: quia unum in alterutra causa legatum sit quem admodum si olei pondo quinquaginta, aut in singulas libras certum aes legatum sit, ne aliter observantibus, etiam uno homine legato divisio concedatur . . . .

**) l. 46 § 1 de J. D. 23. 3.
Julianus l. XVI Digestorum.

Si debitori suo mulier nuptura ita dotem promisisset (hat wohl ursprünglich geheissen „dixisset"): „quod mihi debes aut fundus Sempronianus doti tibi erit", utrum mulier vellet, id in dote erit".

Denkt man sich die Wahl dem Ehemanne überlassen und den Ehemann als Inhaber des der Ehefrau gehörigen Gutes, so ist unzweifelhaft eine Alternative zwischen datio und liberatio begründet

***) c. 4 C. de verbor. et rer. signific. VI, 38.
Imp. Justinianus A. Joanni P. P.

Quum quidam sic vel institutionem, vel legatum, vel fidei commissum, vel libertatem, vel tutelam scripsisset: illo aut ille mihi heres esto, vel illi aut illi do lego

Bringt nun der alternative Wille überall dieselben Wirkungen hervor, wie in der alternativen obligatio? also einen Zustand der Schwebe, gesichert durch Willensgebundenheit und mit Nothwendigkeit zu einer Entscheidung führend, zu einer Concentration des hin und her schwankenden Rechtsverhältnisses auf ein einziges? ein imperfectes Rechtsverhältniss ausgerüstet mit der Kraft der Selbstperfection?

Oder wird die Wirkung des alternativen Willens durch die Natur der verschiedenen Rechtsverhältnisse, in denen er wirksam wird, verschieden modificirt? Tritt nicht zum Beispiel dingliche Gebundenheit zur persönlichen hinzu in den Fällen, in denen dingliche Rechte alternativ begründet werden? *) Wird nicht der Schwebezustand sich ganz anders gestalten bei einer traditio alternativa inter vivos, als bei einem alternativen Eigenthumslegat? Während bei ersterer Tradent bis zur Entscheidung Eigenthümer der alternativ übertragenen Gegenstände bleiben kann, sind

---

vel dari volo, vel illum aut illum liberum aut tutorem esse volo vel jubeo etc.

*) arg. l. 6 de opt. v. elect. leg. 33. 5 „ne venditio quandoque eligente legatario interpelletur". Es wird also vorausgesetzt, dass keiner von den zur Auswahl legirten Sklaven vor geschehener Wahl unwiderruflich gültig verkauft werden kann. Vgl. auch l. 3 qui et a quib. 40 9 und l. 14 de opt. v. el. leg. 33. 5.

bei dem legatum alternativum per vindicationem die alternativ hinterlassenen Gegenstände herrenlos.*)

Ist überhaupt die Natur des alternativen Willens in allen Rechtsverhältnissen, in denen er wirksam wird, schon zur vollen Geltung und Anerkennung gekommen? Auch auf dem Gebiete der Alternativobligation ist dies nur allmälig geschehen und nur sehr spät erst ist das Princip der Alternative rein und ungetrübt zum Durchbruch gelangt. Ich erinnere hier nur an den Fall, wo die Gläubiger, denen die Wahl zusteht, sich über die Wahl nicht einigen können. In der älteren Jurisprudenz mochte diese Uneinigkeit noch den Untergang der alternativen Obligation herbeiführen, als ob die alternative Obligation durch die Wahl bedingt wäre, als ob die Wahl nicht blos eines der Mittel der Verwirklichung der Alternative wäre. Erst Justinian hat für die Verwirklichung der alternativen Obligation gesorgt, indem er das Loos zum Zwecke der Entscheidung zu Hülfe nahm.

Wird nicht das Schwebeverhältniss in dem einen Rechtsverhältniss suspensiv, in dem anderen resolutiv

*) Oder werden im Sinne der Sabinianer beide alternativ hinterlassenen Gegenstände unmittelbar Eigenthum des Legatars, so dass die Wahl nur eine resolutive Kraft in Bezug auf das Eigenthum an dem nicht gewählten Object hätte? Wir finden in den Quellen keine Spur einer solchen Auffassung.

gedacht? Ist nicht diese letztere Fassung vielleicht nothwendig, wenn inter vivos eine alternatio personarum begründet werden soll? wie z. B. bei der Correalobligation *)?

Giebt es nicht Rechtsverhältnisse, die überhaupt eine alternative Fassung nicht vertragen, negotia quae alternationem non recipiunt? Diese Geschäfte werden wohl wesentlich mit denen zusammenfallen, quae conditionem non recipiunt. Können wir uns beispielsweise ohne inneren Widerspruch eine alternative acceptilatio, eine alternative aditio hereditatis, — wenn etwa zwei verschiedene und verschieden belastete Erbportionen alternativ offerirt sind, — eine alternative mancipatio denken?

In der Lehre von dem bedingten Willen begegnen wir dem Gegensatz und Parallelismus von conditio facti und conditio juris. Ist nicht ein ähnlicher Gegensatz auch zwischen alternatio facti und alternatio juris zu constatiren? Man denke nur an den Fall, wo ein servus usufructuarius irgend etwas auf Credit gekauft hat: es ist nicht der Wille der Contrahenten, es ist der objectiv vorhandene Rechtssatz, dass die

---

*) Fitting, der zuerst in so glänzender Weise die Parallele zwischen alternativer Obligation und Correalobligation gezogen, würde gewiss manchem Widerspruch zuvorgekommen sein, wenn er die Alternative in der Correalobligation als eine resolutive formulirt hätte.

Herkunft des bezahlten Preises entscheidet, ob der dominus oder der Usufructuar Erwerber der Waare wird, dieser Rechtssatz ist's der hier eine alternatio personarum schafft *).

Ist es endlich nicht gestattet neben dem alternativen einen ihm nahe verwandten und ähnlich wirkenden generellen Willen anzunehmen?

Die Untersuchung aller der eben aufgestellten Fragen überlassen wir der Fortsetzung dieser Arbeit.

Man hat in der neuern Zeit in dem allgemeinen Theil des Obligationenrechts, manchmal auch in dem allgemeinen Theil der Pandekten überhaupt, besondere Paragraphen gewidmet der Unbestimmtheit des Rechtsobjects und der Unbestimmtheit des Rechtssubjects (noch nicht der Unbestimmtheit des Rechtsgeschäfts selbst). Bei der Betrachtung des Willens hat man es aber bisher stets unterlassen den unbestimmten Willen einer genauern Untersuchung und Darstellung zu unterwerfen. Und doch ist es ja gerade dieser, der die Unbestimmtheit des Rechtssubjects, des Rechts-

*) l. 43 § 10 de aedil. ed. 21. 1
Paul. l. I ad edict. aedil.

Interdum, etiamsi pura sit venditio, propter juris conditionem in suspenso est, veluti si servus, in quo alterius ususfructus, alterius propietas est, aliquid emerit; nam dum incertum est, ex cuius re pretium solvat, pendet, cui sit acquisitum; et ideo neutri eorum redhibitoria competit.

objects, des Rechtsgeschäfts setzt, und aus dem heraus die im Falle der Unbestimmtheit irgend eines Rechtselements geltenden Rechtsätze zum wesentlichsten Theile abzuleiten sind. — Diese Lücke allmälig nach Kräften auszufüllen ist das Streben des Verfassers dieser Schrift.

Die Erkenntniss des unbestimmten Willens wird auch über die verschiedenen in neuerer Zeit so reichlich behandelten Fälle der Pendenz ein helleres Licht verbreiten: in der Unbestimmtheit des Willens wird man den Grund vieler bisher nur constatirter, nicht erklärter Pendenzfälle finden.

Ein weiterer Gewinn für eine in der neuern Zeit viel behandelte Lehre wird vielleicht folgender sein. Wann liegt ein sich entwickelndes Rechtsgeschäft, wann ein Rechtsverhältniss vor? fragt Köppen. In welchen Fällen treten die passiven Wirkungen des Rechts noch vor Entstehung des Rechts selbst ein? fragt Ihering. Nur ein kleiner Theil der hier in Betracht kommenden Fälle lässt sich unter allgemeine Grundsätze bringen, der grössere Theil lässt sich nur positiv bestimmen. Diesem positiven Gebiete wird durch die Lehre von der Natur und Wirksamkeit des alternativen und des generellen Willens hoffentlich ein nicht unbedeutendes Stück abgerungen und der Herrschaft allgemeiner Grundsätze unterworfen werden.

A. W. Schade's Buchdruckerei (L. Schade) in Berlin, Stallschreiberstr. 47.

Ex.R. 1/21/27

